

## *A propósito da reforma de 2016 do regime do incumprimento no Código Civil francês*

PROF.<sup>a</sup> DOUTORA JOANA FARRAJOTA\*

SUMÁRIO: §1. O Direito alemão. A Schuldrechtmodernisierung: A. Nota introdutória; B. O regime do incumprimento pós-modernisierung. §2. O Direito francês: A. Nota introdutória; B. Breve nota quanto regime do incumprimento contratual antes da reforma; C. O regime do incumprimento contratual depois da reforma. §3. O Direito espanhol: A. Nota introdutória; B. Propostas para um novo regime do incumprimento.

RESUMO: O presente estudo contém um conjunto de notas sobre a reforma francesa de 2016 do Direito das Obrigações, com especial enfoque no regime do incumprimento. Considerando que tais alterações não podem – ou devem – ser lidas sem o devido enquadramento naquele que tem sido um movimento mais amplo de reforma do Direito das Obrigações em ordens jurídicas europeias vizinhas, o texto aborda ainda as reformas empreendidas na área do Direito das Obrigações na Alemanha e em Espanha.

PALAVRAS CHAVE: Direito das Obrigações; Direito dos Contratos; incumprimento; direito ao cumprimento; indemnização; resolução; Direito francês; Direito alemão; Direito espanhol.

ABSTRACT: This study contains some summary notes on the 2016 French Obligation Law reform, with special focus on breach of contract. Considering that such changes cannot – or should not – be analysed without a proper framing within the broader European movement of reform of the Law of Obligations, the paper also analyses the reforms in Germany and Spain.

KEYWORDS: Law of obligations; Contract law; breach; right to performance; damages; termination; French law; German law; Spanish law.

\* Professora convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

## Introdução

### Um movimento europeu de reforma do Direito das Obrigações

A recente reforma do Código Civil francês, operada pela *Ordonnance* n.º 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, foi o ponto de partida do presente artigo, por impor uma *atualização* do texto publicado em 2010 sobre o mesmo tema<sup>1/2</sup>. Considerando que as alterações introduzidas no Direito francês não podem – ou devem – ser lidas sem o devido enquadramento naquele que tem sido um movimento mais amplo de reforma do Direito das Obrigações em ordens jurídicas europeias vizinhas (alguns processos já concluídos, outros ainda em curso), decidiu-se alargar o âmbito do texto, de forma a abranger, igualmente, as reformas empreendidas na área do Direito das Obrigações, em particular do incumprimento, na Alemanha (2002) e em Espanha.

Esta *necessidade* de uma leitura enquadrada da reforma francesa deve-se, em grande medida, ao facto de tanto a reforma francesa, como a alemã e a espanhola terem todas em comum uma influência significativa, visível e assumida, de instrumentos de regulação internacionais de *soft law*, como a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 (“Convenção de Viena”), os Princípios Unidroit (1994), os Princípios de Direito Europeu dos Contratos (“PDEC”, 1995), ou ainda o Quadro Comum de Referência (“QCR”, 2008).

O texto que se segue é essencialmente descritivo, visando numa primeira linha a divulgação da reforma francesa de 2016, e numa segunda, mais ambiciosa, oferecer alguns elementos para a reflexão sobre a necessidade de reforma do Código Civil português. Não parece possível desligar acontecimentos tão próximos – geografia e juridicamente – da comemoração dos 50 anos do nosso Código Civil, bem como das diferentes reflexões que a este propósito foram produzidas, parecendo-me este um bom ponto de partida para pensar, em especial, o regime geral do não-cumprimento.

No que à *apresentação* das três reformas em estudo diz respeito, optou-se por um critério *temporal*, começando pela alemã, concluída em 2002, para em seguida nos centrarmos no Direito francês e, finalmente, concluir com uma visão geral da reforma em curso no Direito espanhol. Atendendo à extensão do

<sup>1</sup> Veja-se, o nosso *Notas sobre a Reforma do Direito dos Contratos francês*, publicado em 2010 na revista *Themis*, ano X, n.º 18, p. 209 a 223, Almedina.

<sup>2</sup> Ademais, em Portugal, a reforma de 2016 não foi objecto de especial atenção por parte da doutrina, com excepção de CORDEIRO, António Menezes, em “A reforma do direito francês das obrigações”, *Revista de Direito Civil*, II, 2017, 1, p. 9 a 29.

objecto de tais reformas, a análise circunscrever-se-á – tendencialmente – ao regime do incumprimento contratual.

## §1. O Direito alemão. A *Schuldrechtmodernisierung*

### A. Nota introdutória

A 1 de Janeiro de 2002 entrou em vigor a lei de modernização do Direito das Obrigações (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de Novembro de 2001), que veio alterar de forma substancial o *Bürgerliches Gesetzbuch* (“BGB”) e, em especial, o regime jurídico do incumprimento.

A reforma, cujos trabalhos se iniciaram ainda nos anos 70, teve por base orientadora quatro directrizes essenciais: a integração, no BGB, de diplomas avulsos; a incorporação, no BGB, de novos tipos contratuais; a reforma de alguns tipos de obrigações já reguladas no BGB; e a reorganização da parte geral do Direito das Obrigações, de forma a adaptá-la aos desenvolvimentos ocorridos a nível internacional<sup>3</sup>. O processo foi longo, marcado por um grande dinamismo nos primeiros anos, e resultou na apresentação de uma proposta em 1992. Os trabalhos suspenderam-se então, aparentemente, até 2000, data em que foram retomados como consequência da – ou a pretexto da – necessidade de transposição da Directiva 1999/44/CE, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, cujo prazo terminava a 1 de janeiro de 2002<sup>4</sup>.

#### 1. O BGB antes da reforma

O BGB e, dentro deste, o regime do incumprimento em particular, foram, desde a sua aprovação, objecto de diferentes críticas.

Um dos aspectos apontados prendia-se com a *complexidade* do regime, resultante de uma sistematização desenhada em função dos diferentes tipos de incumprimento identificados, a impossibilidade superveniente e a mora, e da

<sup>3</sup> ZIMMERMAN, R. *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 31.

<sup>4</sup> Assim, ZIMMERMAN, R., *The New...cit.*, p. 33. Veja-se ainda, quanto à reforma em geral, percurso e objecto, ZIMMERMAN, R., *The New...cit.*, p. 30 e ss.

previsão de um regime distinto, aplicável a cada um<sup>5</sup>. Ao contrário do que sucedia nos Direitos de *common law* – em torno da *breach of contract* – ou no Direito francês – em torno da *inexécution*, o BGB não adoptara um tratamento unitário do incumprimento.

O texto de 1900 foi igualmente criticado por não conter uma regulação expressa dos casos de violação do contrato por meio de uma actuação positiva do devedor. Construído com base na assumption de que a perturbação da prestação se reduzia a duas categorias, a não realização da prestação (impossibilidade) e a mora<sup>6</sup>, o BGB não previa a hipótese de violação do contrato por meio de uma actuação positiva do devedor, designadamente o cumprimento defeituoso da prestação<sup>7</sup>.

Finalmente, eram ainda tradicionalmente objecto de crítica, a ausência de previsão, no BGB, de uma impossibilidade respeitante *ao devedor*, i.e., *subjec-*

<sup>5</sup> Assim, ZIMMERMANN, R., *The law of obligations. Roman Foundations of the Civil Tradition*, Clarendon Press, 1996, p. 783.

<sup>6</sup> Veja-se, neste sentido, BASEDOW, J., “Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG”, *International Review of Law and Economics*, n.º 25, 2005, p. 490 e ss.

<sup>7</sup> De entre as diferentes propostas avançadas pela doutrina e jurisprudência para suprir tal lacuna, destacou-se a doutrina da violação positiva do contrato (*positive vertragsverletzung*) de STAUB que introduziu, ao lado da mora e do incumprimento, um *tertium genus* da patologia do contrato, a violação positiva, destinado a abarcar a violação de um dever de omissão, o incumprimento defeituoso, a falta de uma prestação em contratos de execução sucessiva e, finalmente, a declaração de não cumprimento (*Die positiven Vertragsverletzungen*, 2.ª ed., Eberhard, 1913 – embora antes, em 1902, já tivesse sido publicada sob a forma de artigo, “Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Folgen”, *Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag*). Para mais desenvolvimentos sobre a doutrina da violação positiva do contrato, veja-se: PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual, reimp. da edição de 1970*, Almedina, 1982, p. 406 e ss.; FRADA, Manuel Carneiro da, *Contrato e Deveres de Protecção*, Separata do volume XXXVIII do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994, p. 29; VARELA, João Antunes, *Das Obrigações em Geral*, II, 7.ª ed., (7.ª reimp), Almedina, 2012, p. 126 e ss; COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed. (rev. e act.), Almedina, 2009, p. 1058 e ss.; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, tomo IV, Almedina, 2010, p. 189 e ss., “Violação Positiva do Contrato” *Revista da Ordem dos Advogados*, 1981, p. 128 a 152 e *Da Boa Fé no Direito Civil*, 4.ª reimp. da edição de 1984, Almedina, 2011, p. 594 e ss. Na doutrina alemã: STAUB, Hermann, *Die positiven...cit.*; WESTHELLE, Fritz, *Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung*, Grote, 1978; WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 3.ª ed., trad. de A.M. Hespanha da 2.ª ed. revista de 1967, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 507 e s.; LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., C.H. Beck, 1987, p. 364 e ss., em especial, p. 367 e ss. Para uma aproximação de um ponto de vista do Direito Comparado, CONSTANTINESCO, L.-J., *Inexécution et Faute contractuelle en Droit Comparé (Droits Français, Allemand, Anglais)*, W. Kohlhammer Verlag, 1960 p. 91 e ss.

tiva – apenas a impossibilidade objectiva se encontrava regulada<sup>8</sup>, bem como a adesão – (já então) tida como ultrapassada – ao princípio da culpa<sup>9</sup>.

## 2. *A Schuldrechtsmodernisierung* <sup>10</sup>

### 2.1. Breve génese

Não surpreendeu, por isso, que as propostas de alteração contidas no relatório apresentado em 1992 manifestassem, em termos gerais, uma aproximação ao modelo do regime de incumprimento da Convenção de Viena, abandonando a distinção entre impossibilidade, incumprimento e mora, em favor da adopção de um conceito unitário de incumprimento (*Pflichtverletzung*) e de uma estrutura regimental desenhada em função dos remédios disponíveis (execução coerciva, resolução e indemnização), eliminado a culpa como pressuposto de resolução do contrato – mantendo-a, não obstante, como pressuposto da obrigação de indemnizar (diferentemente, aliás, do que sucede na Convenção de Viena – v. artigo 79<sup>11</sup>)<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> ZIMMERMANN, R., *The New German... cit.* p. 40.

<sup>9</sup> Outros aspectos do BGB eram igualmente objecto de crítica. ZIMMERMANN refere ainda a concepção artificial pandectística de *impossibilidade superveniente* e, ainda, o princípio de impossibilidade de cumulação da resolução do contrato com uma indemnização, ambos já então tidos como ultrapassados (*The New German...cit.*, p. 39).

<sup>10</sup> O texto respeitante à reforma do Direito das Obrigações alemão coincide, em larga medida, com o que consta da nossa *A Resolução do Contrato sem Fundamento*, 2016, Almedina, p. 191 a 196; 274 a 278 e 352 a 357.

<sup>11</sup> Dispõe o artigo 79 da Convenção de Viena: 1) *Uma parte não é responsável pela inexecução de qualquer uma 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.* 2) *Se o não cumprimento de uma parte se ficou a dever ao não cumprimento de terceiro que ela encarregou de executar o contrato total ou parcialmente, aquela parte só fica exonerada de sua responsabilidade: a) se estiver exonerada em virtude do disposto no parágrafo anterior; e b) se o terceiro estivesse também ele exonerado, caso as disposições daquele parágrafo lhe fossem aplicadas.* 3) *A exoneração prevista pelo presente artigo produz efeitos enquanto durar o impedimento.* 4) *A parte que não executar as suas obrigações deve comunicar à outra parte o impedimento e os seus efeitos sobre sua capacidade de cumprir o contrato. Se a outra parte não receber a comunicação num prazo razoável contado a partir do momento em que a parte faltosa conheceu ou deveria ter conhecido o impedimento, esta fica responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de recepção da comunicação.* 5) *As disposições do presente artigo não impedem as partes de exercer qualquer dos seus direitos, salvo o de obter indenização por perdas e danos, nos termos da presente Convenção* (trad. de SOARES, Maria Ângelo Bento e RAMOS, Rui Manuel Moura, em *Contratos Internacionais. Compra e venda. Cláusulas Penais. Arbitragem*, Almedina, 1986, p. 474). Acrescente-se ainda que, ao contrário da Convenção de Viena, o BGB faz depender

A proposta de lei de reforma do Direito das Obrigações, apresentada em 2001, muito embora coincidindo, em traços largos, com o relatório de 1992<sup>13</sup>, afastou-se deste em alguns pontos, designadamente no que concerne à manutenção – muito criticada – da distinção entre as diferentes modalidades de incumprimento – ainda que, ao contrário do texto de 1900, se reconheça uma categoria única, susceptível de englobar as diferentes modalidades de incumprimento, a *Pflichtverletzung* (violação do dever)<sup>14</sup>.

Em termos sintéticos, pode-se dizer que a reforma de 2001 veio reflectir no texto do BGB as orientações doutrinárias e jurisprudenciais sedimentadas na ordem jurídica alemã, designadamente, em matéria de *anticipatory breach*, *culpa in contrahendo* (§311) e alteração das circunstâncias (§313)<sup>15/16</sup>.

– com algumas excepções – o exercício do direito de resolução da prévia concessão pelo credor ao devedor de um prazo adicional para o cumprimento (*Nachfrist*).

<sup>12</sup> ZIMMERMANN, Reinhard, *The law...cit.*, p. 813 e s. Neste processo eliminou-se também o conceito de impossibilidade nos termos consagrados na versão de 1900.

<sup>13</sup> Uma das críticas de que a reforma foi objecto resultou precisamente deste facto, na medida em que, muito embora tenha sido apresentada como um veículo de europeização do Direito alemão e o novo BGB como exemplo para os trabalhos de unificação do Direito Privado na Europa, a versão de 2001 parece não ter beneficiado da doutrina produzida entre 1992 e 2001, nem tão pouco dos Princípios Unidroit ou dos PDEC, entretanto publicados, respectivamente em 1994 e 1995 (assim, ZIMMERMANN, R., *The New German...*, p. 41).

<sup>14</sup> Assim, por ex., no §280, indemnização por incumprimento (*Schadensersatz wegen Pflichtverletzung*). GRUNDMANN considera que a re-introdução da distinção entre os três tipos de incumprimento não tem, ao contrário do que sucedia no BGB em 1900, grande importância prática, na medida em que não reflectiria uma diferença regimental significativa entre as diferentes modalidades de não cumprimento: (...) *non conformity with the contract is the only meaningful category of breach. It can be described as leading to three possible remedies that depend upon the satisfaction of certain prerequisites: non conformity and fault lead to damages which supplement performance (this is so in the case of poor performance, impossibility, and in the event of late performance (...)); non conformity and fault in circumstances where the debtor has been given a “second try”, or the interests of the creditor prevail over those of the debtor in receiving a second chance, leads to damages substituting performance and to a right to rescind the contract irrespective of fault*. Adiante, conclui, na mesma linha: [t]he unitary concept of breach, in which any breach of contract is treated equally (including defective performance, late performance and complete lack of performance, including impossibility) and the distinction between the three types of remedies [indemnização em substituição da prestação, indemnização cumulável com a prestação e resolução], are the cornerstones of the new regime of breach of contract in German Law (“Germany and...”, *cit.*, p. 137 e s. e 140).

<sup>15</sup> Veja-se LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, I, p. 279, nota 3.

<sup>16</sup> Para uma visão mais abrangente da *Schuldrechtsmodernisierung* veja-se HUBER, U., *Leistungsstörungen. Die Folgen des Schuldnerverzugs, die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit*, vol. II, *Handbuch des Schuldrechts*, Mohr Siebeck, 1999; CANARIS, C-W, “Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen“, *Juristenzeitung*, n.º 10, Maio de 2001, p. 499 a 528; GRUNDMANN, Stefan, “Germany and the Schuldrechtsmodernisierung“, *European Review of Contract Law*, vol. 1, 2005, n.º 1, p. 129 a 148; GRUNDMANN, Stefan, e OCHMANN, Florian,

## 2.2. A inserção sistemática das regras sobre incumprimento

As regras dedicadas ao incumprimento encontram-se no segundo livro do BGB, dedicado ao Direito das Obrigações, na primeira secção, *Conteúdo das relações obrigacionais (Inhalt der Schuldverhältnisse)*, título primeiro, o *Dever de prestar (Verpflichtung zur Leistung, §241 e ss.)*<sup>17</sup>, bem como na terceira secção dedicada às obrigações emergentes de contratos (*Schuldverhältnisse aus Verträgen*), título I, *Formação, conteúdo e cessação (Begründung, Inhalt und Beendigung)*, em especial, nos subtítulos I, *Formação (Begründung, §311 a 311 (c))* e III, *Alteração e cessação dos contratos (Anpassung und Beendigung von Verträgen, §313 e 314)* e no título III, *Contratos sinalagmáticos (Gegenseitiger vertrag, §320 e ss.)*.

Vejam, em seguida, as regras mais relevantes do BGB respeitantes ao incumprimento do contrato e aos direitos/remédios colocados à disposição do credor.

### B. O regime do incumprimento pós-modernisierung

#### 1. Direito ao cumprimento coercivo. Âmbito e exclusão

Em caso de incumprimento, surge como corolário do direito do credor à prestação (§241)<sup>18</sup>, o direito a exigir o cumprimento (coercivo) do devedor<sup>19</sup>.

Este direito é pontualmente afastado nos termos do §275 que tem por epígrafe *Exclusão do dever de prestar (Ausschluss der Leistungspflicht)*<sup>20/21</sup>.

“German Contract Law Five Years After the Fundamental Contract Law Reform in the Schuldrechtsmodernisierung“, *European Review of Contract Law*, vol. 3, 2007, n.º 4, p. 451 a 467, para uma análise mais centrada no Direito do Consumo. Quanto às normas de Direito do Consumo é de salientar a (boa) opção de integração destas junto das regras aplicáveis aos contratos em geral, como regras especiais dirigidas às relações de consumo (§ 286 (3)). Note-se a adopção de uma solução diferente em França, de reunião das normas de Direito do Consumo no *Code de la consommation*.

<sup>17</sup> O título segundo (§291 e ss.) refere-se à mora do credor (*Verzug des Gläubigers*).

<sup>18</sup> Dispõe o §241: *Pflichten aus dem Schuldverhältnis (1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. (2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.*

<sup>19</sup> Assim, ZIMMERMANN, R., *The New German... cit.*, p. 43.

<sup>20</sup> Para mais desenvolvimentos sobre o §275, veja-se MATTHEUS, Daniela, “Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts”, *Juristische Schulung*, 2002, n.º 3, p. 211 e ss.; OTTO, Hansjörg, “Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungenrechts”, *Jura*, n.º 1, 2002, p. 3 a 5; RAMMIN, Klaus, “Wechselwirkungen bei den Voraussetzungen der gesetzlichen Kündigungs- und Rücktrittsrechte nach allgemeinem Schuldrecht (§314, 323, 324

1.1. Impossibilidade de cumprimento *stricto sensu* – §275 (1)

A pretensão do credor à prestação é excluída sempre que o cumprimento é impossível (§275, 1), seja por razões objectivas ou subjectivas, trate-se de uma impossibilidade inicial ou superveniente, parcial ou total.

A culpa do devedor é, para este efeito, irrelevante. Constituem inovações a eliminação da culpa, como pressuposto, bem como a equiparação, do ponto de vista regimental, entre impossibilidade inicial e subsequente.

1.2. Inexigibilidade do cumprimento – Impossibilidade *prática* – §275 (2)

O §275 (2) determina que [o] devedor pode recusar a prestação sempre que esta requiera 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<sup>22</sup>.

A onerosidade desproporcionada do cumprimento para o devedor, face ao interesse do credor, consubstancia, assim, causa de exclusão do direito à prestação. O devedor pode, nos termos do §275 (2), recusar o cumprimento sempre que, à luz do objecto da obrigação e do princípio da boa fé, o esforço e

BGB)”, *Zeitschrift für das Gesamte Schuldrecht*, 2003, n.º 3, p. 116 e s.; BAMBERGER, Heinz, e ROTH, Herbert, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 2.ª ed., C.H. Beck, 2007, p. 1062 e ss.; e *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil. §241-432*, 5.ª ed., org. Wolfgang Krüger, Verlag C.H. Beck, 2007, p. 668 e ss. Na doutrina nacional, veja-se ainda OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “The German Act to Modernize the Law of Obligations as a Model for the Europeanization of Contract Law? The New Rules Regarding Impossibility of Performance from the Perspective of a Portuguese Lawyer”, vol. 11.4, *Electronic Journal of Comparative Law*, Dezembro 2007, <http://www.ejcl.org/114/art114-2.pdf>. e SOUSA, Gabriela Mesquita, “Impossibilidade de cumprimento da obrigação: as alterações do regime alemão e as normas do Código Civil Português”, *Estudos sobre Incumprimento do Contrato*, coordenação de Maria Olinda Garcia, 2011, Coimbra Editora, p. 105 a 130.

<sup>21</sup> Dispõe o § 275: *Ausschluss der Leistungspflicht (1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. (2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. (3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. (4) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326.*

<sup>22</sup> Tradução de CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 175.



o custo exigível para o cumprimento sejam manifestamente desproporcionados em relação ao interesse do credor. Na ponderação da relação custo-benefício dever-se-á ainda ter em conta se o devedor foi responsável pela impossibilidade de cumprimento<sup>23</sup>.

Esta disposição procura depurar o instituto da alteração das circunstâncias, consagrado no §313, retirando do respectivo âmbito os casos em que a *impossibilidade prática (praktische Unmöglichkeit)*<sup>24</sup> não resulte das possibilidades (económicas) do devedor, mas sim de um desequilíbrio, entre o *esforço* a desenvolver pelo devedor com vista ao cumprimento – e não o interesse do devedor em prestar, note-se – e o *interesse* do credor na prestação, inadmissível à luz da boa

<sup>23</sup> Antes da reforma do BGB, os casos de agravamento significativo da prestação não encontravam na lei uma disposição que lhes fosse directamente aplicável, debatendo por isso a doutrina qual o regime a que se encontravam sujeitos. Parte significativa da doutrina e da jurisprudência, na sequência da primeira guerra mundial e, em grande medida, como reflexo das dificuldades resultantes desta – carência de matérias primas, inflação, entre outros, propôs que a mera *impossibilidade relativa* – ou *impossibilidade económica* – tivesse um efeito liberatório do devedor (veja-se, a propósito desta orientação, embora manifestando-se em sentido contrário, LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, I, p. 318 e s.). O dever de prestar teria como limite o sacrifício *razoavelmente exigível* ao devedor, à luz do princípio da boa fé. Pelo que, quando o sacrifício necessário ao cumprimento da prestação excedesse este limite, a situação deveria ser equiparada à *impossibilidade* da prestação. A maioria da doutrina defendia pois a equiparação destes casos à impossibilidade (absoluta) do §275 do BGB, com a diferença de que nas situações de impossibilidade *relativa* o devedor não seria libertado automaticamente da prestação, antes sendo-lhe concedida a faculdade de optar entre o cumprimento e o não cumprimento (neste sentido, ENNECCERUS, Ludwig, e LEHMANN, Heinrich, *Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. II, 3.ª ed., Bosch, 1966, p. 241). A obrigação não se extinguiria necessariamente, podendo o devedor cumprir, se assim o quisesse, muito embora não se encontrasse obrigado a tal. Trata-se da chamada doutrina do limite do sacrifício (*Opfergrenze theorie*). LARENZ refere como partidários desta orientação STOLL, HECK, ESSER, e como opositores, entre outros, OERTMANN, TITZE, JAKOBS, MEDICUS (*Lehrbuch...cit.*, I, p. 318, nota de rodapé n.º 45 e p. 319, nota de rodapé n.º 47). Veja-se ainda, sobre a posição da doutrina maioritária alemã, ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica – Facto Jurídico, em especial, Negócio Jurídico*, vol. II., 7.ª reimpr., Almedina, 1992, p. 405 e s.; VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, II, p. 68 e s.; e SÁ, F.A. Cunha de, “Direito ao cumprimento e direito a cumprir”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XX (1997), n.ºs 2, 3 e 4, p. 150 e s., p. 201. Esta orientação não reuniu todavia a unanimidade da doutrina, havendo quem rejeitasse a equiparação proposta, com fundamento na imprecisão dos termos *dificuldade excessiva*, *esforços desproporcionados* que tornavam vago o respectivo âmbito de aplicação. Segundo esta corrente, os casos objecto da doutrina do limite do sacrifício deveriam ser resolvidos com recurso ao princípio da boa fé, consagrado no §242 do BGB, e à teoria da base do negócio. Para mais desenvolvimentos quanto a esta doutrina, veja-se LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, I, p. 318 e ss., em especial p. 321.

<sup>24</sup> Veja-se quanto à designação, *Münchener...cit.*, p. 690.

fé e atendendo à relação contratual no seu todo<sup>25/26</sup>. Nestes casos, de impossibilidade *prática*, aplicar-se-á o §275 (2).

O exemplo apresentado por Zimmermann para ilustrar o âmbito de aplicação do §275 (2) é o do anel, no valor de €100, que, tendo sido prometido vender, cai num lago. Sendo o custo de recuperação do mesmo de €100.000, é inexigível que o devedor cumpra a sua obrigação, assumindo que o interesse do credor é igual ao valor do anel<sup>27</sup>. Assim, ainda que o devedor tivesse os meios necessários para recuperar o anel e que, portanto, do ponto de vista financeiro lhe fosse possível cumprir a obrigação, sem se arruinar, o cumprimento da prestação não lhe seria exigível, em resultado da desproporção entre o *esforço* e o *interesse do credor* no cumprimento.

A «mera» impossibilidade económica (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*), ligada às possibilidades do devedor, seria integrada no instituto da alteração das circunstâncias (*Störung der Geschäftsgrundlage*), hoje acolhido no §313 do BGB, que veio consagrar na lei o instituto, construído pela doutrina e jurisprudência sobre a regra da boa fé do §242. Assim, no clássico exemplo de aumento dramático do preço do petróleo, entre a celebração do contrato promessa de venda do mesmo e a celebração do contrato prometido, deverá ser enquadrado no §313. Não se trata de um caso de impossibilidade, enquadrável no §275, já que se compararmos o esforço do devedor com o interesse do credor, a obrigação é exigível, na medida em que este terá acompanhado o aumento do preço do petróleo. Trata-se sim, de acordo com o novo regime posterior a 2002, de um caso de alteração das circunstâncias<sup>28</sup>.

O §275 (2) referir-se-á, portanto, a uma impossibilidade determinada em função da normalidade «sócio-cultural» e não das possibilidades económicas do devedor<sup>29</sup>. Dá-se assim, com esta remissão da impossibilidade económica para o âmbito da alteração das circunstâncias, um afastamento da doutrina do limite do sacrifício do regime da impossibilidade<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Neste sentido, ZIMMERMANN, R., *The New...cit.*, p. 45; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado... cit.*, II, IV, p. 176; e OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Estudos Sobre o Não Cumprimento das Obrigações*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2009, p. 9 e s.

<sup>26</sup> Veja-se, quanto ao §313, FELDHAHN, Peer, “Die Störung der Geschäftsgrundlage im System des reformierten Schuldrechts”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 3381 a 3383.

<sup>27</sup> ZIMMERMANN, R., *The New...cit.*, p. 45. O exemplo do anel, repetido pela doutrina, é retirado de P. HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, reimpr., 1974, §28, 8.

<sup>28</sup> Exemplo de ZIMMERMANN, R. (*The New...cit.*, p. 46).

<sup>29</sup> Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 175 e s.

<sup>30</sup> Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 180 e s., nota de rodapé n.º 410.

Sem prejuízo das tentativas do legislador (e também da doutrina) em traçar uma linha entre as duas figuras, as dificuldades de delimitação são evidentes, sendo amplamente reconhecidas pela doutrina<sup>31</sup> que, desta forma, salienta a relevância da casuística para o efeito<sup>32</sup>.

### 1.3. Anterior impossibilidade moral – §275 (3)

O §275 (3) determina que [o] *devedor pode ainda recusar a prestação quando deva realizar pessoalmente a prestação e esta, ponderados os impedimentos do devedor perante o interesse do credor na prestação, não possa ser exigível*<sup>33</sup>.

Esta disposição abrange os casos de inexigibilidade de obrigações *altamente pessoais* e de impossibilidade pessoal<sup>34</sup>. Enquadra-se na previsão legal, entre outros, o caso da cantora que recusa actuar para ficar à cabeceira do filho, gravemente doente. Saliente-se que, neste caso, ao contrário do que sucede no §275 (2), a imputabilidade do impedimento ao devedor parece ser irrelevante, para efeitos do acionamento da disposição legal.

Antes da *Modernisierung*, as situações enquadráveis no §275 (3) eram qualificadas como de *impossibilidade moral*, sendo-lhes aplicadas as regras da alteração de circunstâncias. Hoje, apesar de reconduzidas à esfera da impossibilidade, alguma doutrina reconhece, no apelo a uma ponderação geral de interesses para efeitos de realização do juízo de exigibilidade, uma manifestação do regime da alteração das circunstâncias, que vem minar a diferença já de si subtil entre esta e a impossibilidade<sup>35/36</sup>.

### 1.4. §275 (2) e (3) – Síntese

Embora o §275 liberte o devedor do dever de prestar, tanto perante a impossibilidade *stricto sensu*, como perante a impossibilidade prática, os regimes

<sup>31</sup> Designadamente, ZIMMERMANN, R., *The New...cit.*, p. 49. Veja-se ainda CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 176 e OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Estudos...cit.*, p. 9 e s.

<sup>32</sup> Veja-se ainda quanto à distinção entre *praktische Unmöglichkeit* e *wirtschaftliche Unmöglichkeit* e o âmbito de aplicação do §275 e do §313, entre outros, PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 64.<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, 2005, p. 344; BAMBERGER, Heinz, e ROTH, Herbert, *Kommentar...cit.*, p. 1067; e *Münchener...cit.*, p. 673 e ss. e 688. Para mais desenvolvimentos quanto ao âmbito de aplicação do §275 (2) veja-se *Münchener...cit.*, p. 675 e ss. e 686 e ss.

<sup>33</sup> Tradução de CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 175.

<sup>34</sup> Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 176 e s.

<sup>35</sup> Neste sentido, ZIMMERMANN, R., *The New...cit.*, p. 49.

<sup>36</sup> Veja-se, quanto à relação entre o §275(3) e o §313, *Münchener...cit.*, p. 694 e s.

que define são distintos consoante se trate de uma ou outra. Enquanto que, perante a impossibilidade *tout court*, ocorre a *extinção automática* do direito ao cumprimento, no segundo caso, correspondente às previsões dos (2) e (3) do §275, concede-se apenas ao devedor a *faculdade de recusar* o cumprimento.

Por outro lado, os casos de impossibilidade económica foram retirados do âmbito da impossibilidade e remetidos para a esfera do regime da alteração de circunstâncias (§313).

No que concerne à opção, constante do §275, de distinguir entre a impossibilidade em sentido próprio e a *impossibilidade prática*, há que salientar a frequente complexidade da tarefa que, como chama a atenção Zimmermann, tornará difícil a aplicação destas disposições<sup>37</sup>.

Note-se, finalmente, que a liberação da obrigação de prestar do devedor não o liberta, necessariamente, de uma obrigação de indemnizar, desde que exista culpa sua, como se retira do §275 (4)<sup>38</sup> (ver *infra*).

#### 1.5. Efeitos da exclusão do direito ao cumprimento §275 (4)

Ainda que o devedor se encontre desonerado da respectiva prestação ou tenha o direito de recusar o respectivo cumprimento, nos termos do §275, tal não significa que se encontre liberto de quaisquer outras obrigações, designadamente a obrigação de indemnização. A tutela do interesse do credor realiza-se, em caso de exclusão do dever de cumprir, através do surgimento de novas obrigações na esfera do devedor, deveres secundários de prestação, sucedâneos da prestação cujo dever de cumprimento se extinguiu, e de novos direitos, na esfera do credor.

Os efeitos da extinção do dever de prestar, nos termos dos §275 (1) a (3), encontram-se elencados no §275 (4) que remete para as disposições relevantes<sup>39</sup>: §280 (indenização por incumprimento, *Schadensersatz wegen Pflichtverletzung*); §283 (indenização em substituição da prestação quando o dever de prestar tenha sido excluído, *Schadensersatz statt der Leistung bei Ausschluss der Leistungspflicht*); §284 (compensação por despesas desnecessárias, *Ersatz vergeblicher Aufwendungen*); §285 (devolução da compensação, *Herausgabe des Ersatzes*); §311a (impossibilidade originária – no momento da celebração do contrato – da prestação, *Leistungshindernis bei Vertragsschluss*); e §326 (libertação da con-

<sup>37</sup> *The New...cit.*, p. 47.

<sup>38</sup> Quanto a esta matéria, veja-se ZIMMERMANN, R., *The New...cit.*, p. 50 e ss.

<sup>39</sup> Dispõe o §275 (4): *Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326.*

traprestação e direito de resolução quando o dever de prestar seja excluído, *Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht*)<sup>40</sup>.

#### 1.6. Ainda, a impossibilidade originária da prestação (§311a)

A impossibilidade originária encontra-se regulada no §311a que se insere na terceira secção do Livro das Obrigações, dedicada às obrigações emergentes de contratos (*Schuldverhältnisse aus Verträgen*), título I, *Formação, conteúdo e cessação* (*Begründung, Inhalt und Beendigung*), no subtítulo I, *Formação* (*Begründung*). Encontra-se pois numa secção diversa daquela em que se inserem as regras respeitantes aos limites da obrigação de cumprimento (designadamente, à impossibilidade §275), constantes da primeira secção, intitulada *Conteúdo das relações obrigacionais* (*Inhalt der Schuldverhältnisse*).

O §311a vem consagrar no texto do BGB a orientação doutrinária alemã posterior à entrada em vigor do BGB, fortemente crítica do §306 na redacção de 1900.

Nos termos do §306, a impossibilidade originária surgia como causa de nulidade do contrato. Não se tratava de um caso de incumprimento contratual, mas sim de uma fonte de invalidade. Ao comprador era reconhecido apenas o direito a ser indenizado pelo interesse contratual negativo quando o vendedor conhecesse ou não devesse ignorar a impossibilidade (§307, versão anterior). A doutrina considerava a disposição infeliz, por oferecer uma tutela insuficiente dos interesses do credor que, justificadamente, confiava que a entrega da coisa, objecto do contrato de compra e venda, seria realizada, colocando-o na posição em que estaria se o contrato não tivesse sido celebrado e não naquela em que se encontraria se este tivesse sido cumprido (interesse contratual positivo).

O §311a (1), em linha com esta orientação, determina de forma expressa que a impossibilidade que, nos termos do §275 (1) a (3), liberta o devedor da obrigação, não gera a invalidade do contrato<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Veja-se, quanto a cada um destes remédios, *infra*, pontos 2. a 5.

<sup>41</sup> Determina o § 311a: *Leistungshindernis bei Vertragsschluss (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.* Pode-se ainda questionar se esta disposição se aplica a situações de impossibilidade evidente, no momento de celebração do contrato, em que o objecto seja absurdo ou se, nestes casos, o contrato deve considerar-se inválido (v., este propósito, ZIMMERMAN, R., *The New...cit.*, p. 63, nota de rodapé n.º 129).

Ao credor é concedida a faculdade de, em alternativa, exigir uma indemnização em substituição da prestação ou o reembolso das despesas realizadas (§284), excepto se o devedor não tinha conhecimento, nem devesse ter conhecimento, da impossibilidade, no momento da celebração do contrato (§311a (2))<sup>42</sup>.

Note-se finalmente que, também o §311(a), à semelhança do §283, remete para o §281(1), segunda e terceira partes, bem como o (5), com as necessárias adaptações.

## 2. Obrigação de indemnizar

A obrigação de indemnizar com fundamento em incumprimento do devedor encontra-se regulada nos §280 a 283 (incumprimento definitivo) e no §286 (mora).

O §280 (1) contém o cerne da disciplina, determinando que a violação de qualquer um dos deveres (*Pflichtverletzung*) resultantes do contrato confere ao credor o direito a ser indemnizado pelos danos daí resultantes (primeira parte do §280 (1)). O direito à indemnização apenas é excluído quando o devedor não seja *responsável* pela violação (segunda parte do §280 (1))<sup>43</sup>.

No que à *responsabilidade* do devedor mencionada no §280 (1) concerne, duas notas se impõem.

A primeira respeitante à presunção de culpa aí estabelecida: é sobre o devedor, e não sobre o credor, que recai o ónus da prova de que o incumprimento não lhe é imputável.

A segunda nota diz respeito à natureza da responsabilidade do devedor. O §276, sob a epígrafe *Responsabilidade do devedor (Verantwortlichkeit des Schuldners)*, mantém, a título supletivo, a regra da responsabilidade com base na culpa: o devedor responde *sempre* que tenha actuado com dolo ou negligência<sup>44</sup>. Esta regra é afastada, aproximando-se de uma responsabilidade objectiva, apenas quando se retire do conteúdo da obrigação outro grau de responsabilidade. Assim, designadamente se se verificar uma *assumpção*, pelo devedor, da respon-

<sup>42</sup> Para mais desenvolvimentos sobre o tratamento da impossibilidade depois da reforma do BGB, v. ZIMMERMAN, R., *The New...cit.*, p. 64 a 66.

<sup>43</sup> Dispõe o §280: *Schadensersatz wegen Pflichtverletzung (1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.*

<sup>44</sup> Refira-se a este propósito apenas ainda a definição constante do §276 (2) de “negligência” e o §276 (3) que veda a possibilidade de afastar, por via negocial, a responsabilidade com fundamento em dolo.

sabilidade pelo risco de obtenção da coisa objecto da obrigação ou de garantia, por exemplo, de qualidade do bem objecto do contrato (§276 (1)).

A obrigação de indemnizar continua pois *primordialmente* a assentar no princípio da culpa, sendo a relevância deste atenuada, à semelhança do que sucede no Direito português, pela presunção de culpa constante do §280 (1).

Alteração significativa, no regime da indemnização, prende-se com a previsão expressa da possibilidade, anteriormente excluída, de cumulação entre esta e a resolução do contrato (ver *infra*, §325) .

A disciplina da obrigação de indemnizar não se cinge ao §280; pelo contrário. O §280 (2) e (3) distinguem duas categorias de obrigação de indemnizar: a indemnização por mora no cumprimento, cumulável com a prestação (§286), e a indemnização *em substituição* do cumprimento da prestação (§281, 282 ou 283).

Cada uma destas modalidades tem um regime particular, sendo desta forma o §280 (1) apenas aplicável, directamente, de forma residual<sup>45</sup>.

Vejamos agora cada uma destas modalidades da obrigação de indemnizar.

## 2.1. Indemnização em substituição da prestação (*Schadenersatz statt der Leistung*) (§281, §282 e §283)

O direito a indemnização em substituição do cumprimento da prestação encontra-se previsto em três casos: não cumprimento ou cumprimento desconforme ao acordado (§281); violação de deveres acessórios previstos no §241 (2) (§282); e exclusão do dever de prestar por impossibilidade de cumprimento (§283).

Nos três casos, o surgimento do direito na esfera do credor depende do preenchimento *cumulativo* dos requisitos elencados no §280 (1) e dos requisitos constantes seja do §281, 282 ou 283, consoante o caso.

### (a) *Indemnização em substituição da prestação, em caso de não cumprimento e cumprimento desconforme ao acordado (§281)*

O direito de indemnização em caso de não cumprimento ou de cumprimento defeituoso – encontra-se regulado no §281<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Assim, ZIMMERMANN, R. (*The New...cit.*, p. 52). Veja-se quanto ao âmbito de aplicação do §280 (1), ponto 2.3., *infra*.

<sup>46</sup> Determina o § 281: *Schadenersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung. (1) Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der*

O accionamento deste direito depende, para além da verificação dos requisitos definidos no §280 (1), da fixação, pelo credor, de um período adicional para o cumprimento (*Fristsetzung*), sem que este tenha sido realizado.

A necessidade de conceder este período adicional é afastada nas situações enumeradas em (2) e (3), isto é, em caso de recusa de cumprimento pelo devedor, verificação de circunstâncias especiais que, pesados os interesses de ambas as partes, justifiquem o pedido imediato de indemnização ou quando, atendendo à natureza do incumprimento, a fixação de um período adicional para o cumprimento não faça sentido.

No caso de cumprimento parcial, acrescenta o §281 (1), segunda parte, o credor apenas pode pedir uma indemnização em substituição da prestação global se não tiver interesse no cumprimento parcial. No caso de cumprimento defeituoso, o credor não pode pedir indemnização em substituição da prestação global se o incumprimento não for relevante.

Note-se ainda que o pedido de indemnização em substituição da prestação global confere ao devedor o direito de exigir a restituição do que prestou, nos termos dos §346 a 348 (§281 (5)).

- (b) *Indemnização em substituição da prestação, em caso de violação de deveres acessórios previstos no §241 (2) (§282)*

Nos termos do §282<sup>47</sup>, a violação dos deveres acessórios referidos no §241 (2)<sup>48</sup> confere ao credor um direito de indemnização em substituição da pres-

*Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. (2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen. (3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung. (4) Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat. (5) Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist der Schuldner zur Rückforderung des Geleisteten nach den §§ 346 bis 348 berechtigt.*

<sup>47</sup> Determina o § 282: Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2. Verletzt der Schuldner eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.

<sup>48</sup> O §241 (2) esclarece que a relação contratual não cria apenas um dever de prestar, mas também



tação, mediante, por um lado, o preenchimento dos requisitos constantes do §280 (1) e, por outro, quando não seja razoável exigir que o credor aceite a prestação (*wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist*).

Entende a doutrina que o §282 se aplica a casos de violação de deveres acessórios que, não colocando em causa o cumprimento pontual da obrigação principal, tornam, não obstante, inexigível a respectiva aceitação pelo credor. Assim, por exemplo, o caso em que o pintor conclui a pintura da casa nos termos acordados tendo, todavia, no decurso do trabalho, partido vários objectos.

Quando a violação de deveres acessórios se traduza numa deficiente realização da prestação principal (p. ex., caso em que o vendedor não condiciona devidamente o bem para o transporte e este parte-se), a situação é reconduzível ao cumprimento defeituoso, devendo-se, por esta razão, aplicar as regras respeitantes à indemnização por cumprimento defeituoso (§281)<sup>49</sup>.

(c) *Indemnização em substituição da prestação, quando o dever de prestar tenha sido excluído por impossibilidade de cumprimento (§283)*

A exclusão do dever de prestar com fundamento em impossibilidade, nos termos do §275 (1) a (3), confere ao credor o direito a uma indemnização em substituição da prestação, nos termos definidos no §283<sup>50</sup>. O devedor encontra-se obrigado a indemnizar o credor pelos danos resultantes da não realização da prestação<sup>51</sup>, excepto se provar não ser responsável pela impossibilidade, nos termos do §276 (§280 (1)).

O §283 remete ainda para para o §281 (1), segunda e terceira partes, bem como o §281 (5), com as necessárias adaptações, determinando que em caso de

o dever, de cada uma das partes, ter em consideração os direitos e interesses legítimos legalmente reconhecidos da outra parte. O princípio consagrado neste artigo constitui uma base legal para um conjunto variado de deveres acessórios. Dispõe o §241: *Pflichten aus dem Schuldverhältnis. (1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. (2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.*

<sup>49</sup> Assim, Zimmermann, R., *The New...cit.*, p. 55.

<sup>50</sup> Determina o § 283: *Schadensersatz statt der Leistung bei Ausschluss der Leistungspflicht. Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen. § 281 Abs. 1 Satz 2 und 3 und Abs. 5 findet entsprechende Anwendung.*

<sup>51</sup> Na realidade o termo utilizado na lei não é “não cumprimento”, mas sim “violação de um dever” (*Pflichtverletzung*), escolha criticada por parte da doutrina, na medida em que, nos casos do §275, se o dever de prestar é excluído não se pode, em bom rigor, afirmar que o devedor violou esse mesmo dever (assim, Zimmermann, R. *The New...cit.*, p. 53).

impossibilidade parcial, o direito à indemnização em substituição da prestação global apenas existe se o credor não tiver interesse no cumprimento parcial. No caso de cumprimento defeituoso, o credor não pode pedir indemnização em substituição da prestação global se o incumprimento não for relevante. Finalmente, o pedido de indemnização em substituição da prestação global confere ao devedor o direito de exigir a restituição do que prestou, nos termos do disposto nos §§346 a 348 (§281 (5)).

## 2.2. Indemnização pela mora (§286)

Em caso de mora (*Verzug*), a obrigação de cumprimento não é afectada, sendo reconhecido ao credor, ao lado do direito à prestação, um direito de indemnização nos termos do §280 (2), mediante o preenchimento dos requisitos constantes do §286, isto é, a interpelação admonitória do devedor pelo credor para o cumprimento (*Manhung*), posterior à data de vencimento da obrigação, sem que esta tenha sido cumprida.

A *Manhung* é dispensada nos casos enunciados do §286 (2), designadamente, se tiver sido convencionada uma data específica para o cumprimento (ou se o cumprimento tiver de ser realizado num determinado prazo, estipulado no contrato) ou em caso de recusa séria e definitiva de cumprimento do devedor<sup>52/53</sup>.

<sup>52</sup> Determina o § 286: *Verzug des Schuldners (1) Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich. (2) Der Mahnung bedarf es nicht, wenn 1. für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, 2. der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt, 3. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, 4. aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzugs gerechtfertigt ist. (3) Der Schuldner einer Entgeltforderung kommt spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet; dies gilt gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, nur, wenn auf diese Folgen in der Rechnung oder Zahlungsaufstellung besonders hingewiesen worden ist. Wenn der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung oder Zahlungsaufstellung unsicher ist, kommt der Schuldner, der nicht Verbraucher ist, spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Empfang der Gegenleistung in Verzug. (4) Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. (5) Für eine von den Absätzen 1 bis 3 abweichende Vereinbarung über den Eintritt des Verzugs gilt § 271a Absatz 1 bis 5 entsprechend.*

<sup>53</sup> Donde, conclui GRUNDMANN, se um contrato estiver devidamente redigido, o credor poderá pedir uma indemnização desde que se verifique um incumprimento culposo, sem necessidade de emitir qualquer aviso prévio ao devedor (“Germany and...*cit.*”, p. 138).

A mora tem ainda outros efeitos, designadamente, no caso de se tratar de uma obrigação pecuniária, o direito a juros de mora por parte do credor, nos termos dos §288 (1) e (2), esclarecendo o (4) que este direito não exclui o direito do credor a ser indemnizado por danos adicionais. Refira-se ainda a regra especial do §286 (3), para efeitos de determinação do momento de constituição do devedor em mora, no caso de se tratar de uma obrigação de pagamento.

Finalmente, o devedor, quando em mora, responde qualquer que seja o grau de negligência. Responde ainda pela impossibilitação do cumprimento, ainda que por uma causa que não lhe seja imputável, excepto se provar que a impossibilidade ocorreria mesmo que não tivesse em mora (§287).

### 2.3. O âmbito de aplicação do §280 (1)

Analizados os artigos §280 e ss., que danos restam então na esfera de aplicação *directa* do §280 (1)?

A doutrina divide-se quanto a este ponto, não resultando claro, da conjugação dos §280 e ss., quais os danos que devem ser reconduzidos a esta disposição.

Zimmermann entende que o legislador pretendeu abranger os danos consequenciais, i.e., os danos sofridos pelo credor em resultado do incumprimento, mas respeitantes a outros objectos de tutela jurídica. Trata-se-ia, por ex., do dano resultante da contaminação do gado de B fruto da aquisição a A de um animal que se encontra doente<sup>54</sup>.

Tais danos, na vigência do BGB antes da reforma, eram tradicionalmente enquadráveis da violação positiva do crédito (*positive Forderungsverletzung*). Hoje, face às alterações introduzidas no BGB, é defensável afirmar que se encontram abrangidos pela previsão do §281, na parte respeitante ao cumprimento defeituoso, devendo ser contabilizados na determinação da indemnização em substituição da prestação. Seria, não obstante, igualmente possível reconduzi-los à esfera do §282, reconhecendo nos mesmos o resultado da violação de um dever acessório previsto no §241(2).

O âmbito de aplicação do §280 (1) ficaria assim reduzido aos casos de danos provocados ao credor, na sua saúde ou propriedade, no decurso da execução da prestação, mas que não resultassem numa prestação defeituosa (p. ex., caso em que o pintor parte objectos na casa do credor) e em relação aos quais o

<sup>54</sup> *The New...cit.*, p. 58.

credor não quisesse ou não pudesse pedir uma indemnização em substituição da prestação<sup>55</sup>.

Por outro lado, salienta Zimmermann a solução defendida não se compagina com o facto de o §281 prever, para o exercício do direito à indemnização, a concessão de um prazo adicional para o cumprimento (suplementar), na medida em que, no caso de danos consequenciais, como por ex. no caso do gado doente, tal prazo não ter qualquer utilidade. Propõe, por isso, que o âmbito de aplicação do §280 (1) e do §281 seja determinado em função da susceptibilidade do dano em causa poder ser evitado por meio da concessão de um prazo adicional para o cumprimento: nos casos em que o dano não seja susceptível de eliminação (p. ex., caso do gado contaminado), dever-se-á aplicar o §280; nos casos em que o seja, o §281 (p. ex., caso do pintor que parte objectos na casa do credor)<sup>56</sup>.

Também no caso do §280 (1) se trata de uma disposição cujo âmbito de aplicação está longe de ser claro, sendo, por essa razão, também aqui, especialmente determinante o papel da jurisprudência.

### 3. *Entrega ao credor do recebido em substituição da prestação, em caso de impossibilidade de prestar (§285)*

O devedor pode, em caso de impossibilidade, nos termos do §275 (1) a (3), ter recebido algo, uma compensação, em substituição do objecto devido, de um terceiro, designadamente de uma companhia de seguros. O §285 (1) confere ao credor o direito a tal compensação ou à cessão da posição do devedor no direito à compensação<sup>57</sup>.

Nos casos em que o credor tenha o direito a ser compensado pelos danos resultantes da impossibilidade da prestação, dever-se-á ajustar tal direito em função do que o credor tiver recebido por força do disposto no §285 (1) (§285 (2)).

<sup>55</sup> Nos casos de danos que não afectem a prestação principal mas em relação aos quais o credor quisesse pedir uma indemnização em substituição da prestação principal, encontrar-nos-íamos no âmbito do §282, sendo pois necessária à procedência de tal pedido a verificação do pressuposto da inexigibilidade de aceitação pelo credor do cumprimento naquelas circunstâncias.

<sup>56</sup> *The New...cit.*, p. 59 e s.

<sup>57</sup> Determina o § 285: *Herausgabe des Ersatzes. (1) Erlangt der Schuldner infolge des Umstands, auf Grund dessen er die Leistung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen. (2) Kann der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangen, so mindert sich dieser, wenn er von dem in Absatz 1 bestimmten Recht Gebrauch macht, um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs.*

#### 4. *Despesas realizadas na expectativa do cumprimento da prestação (§284)*

O §284 prevê, de forma expressa, o direito de o credor pedir, em alternativa à indemnização em substituição da prestação, o reembolso das despesas em que justificadamente e razoavelmente tenha incorrido com base na expectativa de recebimento da prestação acordada<sup>58</sup>. Trata-se, p. ex., do caso em que A realiza um conjunto de gastos, contratando arquitectos, empreiteiros para conceber os projectos necessários de construção de um imóvel num terreno que B lhe vendeu, garantindo que a construção desejada por A era viável, quando esta, na realidade, não o era.

Este direito apenas é afastado nos casos em que o propósito visado com tais despesas fosse igualmente frustrado ainda que o devedor tivesse cumprido a respectiva obrigação.

#### 5. *Resolução*

O regime da resolução sofreu, com a reforma, alterações significativas, destacando-se a eliminação da culpa como pressuposto do exercício do direito (o mesmo não sucedeu no quadro da indemnização), por um lado e, por outro, o afastar da impossibilidade de restituição do que foi prestado como impedimento à cessação do contrato (§346).

##### 5.1. *Liberação automática do credor em caso de impossibilidade de cumprimento do devedor (§326)*

O credor encontra-se, por força do disposto no §326 (1), desobrigado da respectiva obrigação na mesma medida em que o devedor se encontra desobrigado da sua, nos termos do §275 (1) a (3)<sup>59</sup>. A impossibilidade não lhe confere

<sup>58</sup> Determina o § 284: *Ersatz vergeblicher Aufwendungen. Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden.*

<sup>59</sup> Determina o §326: *Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht (1) Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung; bei einer Teilleistung findet § 441 Abs. 3 entsprechende Anwendung. Satz 1 gilt nicht, wenn der Schuldner im Falle der nicht vertragsgemäßen Leistung die Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht. (2) Ist der Gläubiger für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich oder tritt dieser*

um direito a resolver o contrato, liberta-o apenas, automaticamente, da contra-prestação (*Gegenleistung*).

Existe alguma discussão na doutrina quanto ao âmbito de aplicação do §326 (1). Questiona-se, em particular, se a cessação automática do contrato deve ser limitada, por meio de uma interpretação teleológica restritiva da disposição, aos casos de impossibilidade *não* imputável ao devedor. Esta redução do âmbito de aplicação do §326 (1) justificar-se-ia como meio de não prejudicar o interesse do credor – impedindo-o de prestar – já de si prejudicado com a impossibilidade, provocada pelo devedor, de realização da prestação<sup>60</sup>.

Caso a impossibilidade seja imputável ao credor ou ocorra numa situação de mora do credor, então o devedor mantém o respectivo direito à prestação, devendo todavia ser conferido ao credor o direito a haver do devedor a “poupança” resultante da extinção do dever de prestar, bem como aquilo que o devedor venha a receber – ou não receba por decisão própria – por aplicação diversa da sua capacidade de trabalho, em negócio jurídico diferente (§326 (2)).

Se o credor pedir, nos termos do §285, a entrega do que o devedor recebeu em substituição da prestação devida de um terceiro, mantem-se obrigado à realização da contraprestação, podendo esta ser reduzida caso o que venha a receber do devedor seja de valor inferior à sua prestação (§326 (3)).

Nos casos em que o credor já tenha realizado a prestação pode, nos termos dos §§346 a 348, exigir a respectiva restituição (§326 (4)). Note-se que, em caso de impossibilidade de restituição, a lei não afasta o direito de resolução, antes substituindo a obrigação de restituição por uma obrigação de indemnização do credor ao devedor (§346, (2)).

*vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit ein, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. (3) Verlangt der Gläubiger nach § 285 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet. Diese mindert sich jedoch nach Maßgabe des § 441 Abs. 3 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruchs hinter dem Wert der geschuldeten Leistung zurückbleibt. (4) Soweit die nach dieser Vorschrift nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den §§ 346 bis 348 zurückgefordert werden. (5) Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, kann der Gläubiger zurücktreten; auf den Rücktritt findet § 323 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass die Fristsetzung entbehrlich ist.*

<sup>60</sup> Assim, W. Ernst no *Münchener Kommentar*. Já ZIMMERMANN parece entender que a disposição se aplica tanto aos casos de impossibilidade imputável como não imputável ao devedor (*The New... cit.*, p. 69 e nota de rodapé n.º 169).

## 5.2. Requisitos de accionamento da resolução e modo de efectivação

### (a) *Requisitos de accionamento da resolução*

Em caso de incumprimento contratual – excluídos os casos resultantes de impossibilidade – pode o credor resolver o contrato, mediante o preenchimento dos requisitos identificados nos §323 ou §324. O regime a que se encontra sujeito o exercício do direito de resolução será diferente consoante se trate de casos em que o devedor não cumpre ou cumpre defeituosamente, tal incluindo os casos de violação de deveres acessórios que afectem a prestação principal (§323)<sup>61</sup>, ou de casos de violação de deveres acessórios previstos no §241(2) em que, muito embora não tenha sido afectado o cumprimento da obrigação principal, a manutenção do contrato, pelo credor, seja inexigível (§324)<sup>62</sup>.

O §323, ao contrário do §324, faz depender a resolução da fixação prévia de um período adicional de tempo para o cumprimento sem que este seja realizado. O §323(2) elenca as situações em que a fixação deste período adicional pode ser dispensada, determinado ainda o §323(3) que, sempre que, em resultado da natureza da violação contratual, a fixação de tal período de tempo se encontre fora de questão, esta deverá ser substituída por um aviso (*Abmahnung*).

<sup>61</sup> Determina o § 323: *Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung. (1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten. (2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn 1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, 2. der Schuldner die Leistung bis zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist nicht bewirkt, obwohl die termin- oder fristgerechte Leistung nach einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Vertragsschluss oder auf Grund anderer den Vertragsabschluss begleitenden Umstände für den Gläubiger wesentlich ist, oder 3. im Falle einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. (3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung. (4) Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. (5) Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. (6) Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.*

<sup>62</sup> Determina o §324: *Rücktritt wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2. Verletzt der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, so kann der Gläubiger zurücktreten, wenn ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist.*

O exercício do direito de resolução depende ainda da gravidade do incumprimento. Em caso de cumprimento de parte da prestação, o credor apenas pode pôr termo ao contrato se não tiver interesse no cumprimento parcial e, em caso de cumprimento desconforme ao acordado, não pode resolver o contrato se a violação contratual tiver escassa importância (§323(5)).

O direito de resolução é excluído, nos termos do §323 (6), em dois casos: quando o incumprimento seja imputável ao credor e quando exista mora do credor.

Particularmente interessante é o §323 (4), ao atribuir ao credor um direito de resolução *antes* do vencimento sempre que seja evidente (*offensichtlich*) que os pressupostos da resolução se encontrarão preenchidos *depois* do vencimento<sup>63/64</sup>. O âmbito de aplicação da norma não se cinge aos casos de recusa de cumprimento, abrangendo todos os casos em que o não cumprimento seja previsível.

No que concerne ao juízo de prognose para o qual a regra remete, entende a doutrina que este deve ser realizado com base em factores *objectivos*. Note-se também que, não constituindo a culpa um pressuposto do exercício do direito de resolução, em geral, também aqui a ausência daquela não impede o credor de pôr fim ao contrato em caso de recusa de cumprimento<sup>65</sup>.

A consagração pela reforma no §323 (4), no quadro do regime da resolução, de uma norma dedicada à figura da violação antecipada do contrato reflecte uma orientação aceite já sob a forma de princípio no Direito anterior<sup>66</sup>, assente no reconhecimento, pela maioria da doutrina e da jurisprudência, na recusa de cumprimento antes do vencimento, de uma violação de um dever de actuar no sentido do cumprimento do contrato<sup>67/68</sup>.

<sup>63</sup> Veja-se, quanto ao exercício do direito de resolução antes do vencimento consagrado no §323 (4), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil. §241-432*, 5.<sup>a</sup> ed., org. Wolfgang Krüger, C.H. Beck, 2007, p. 1948 a 1950.

<sup>64</sup> MEDICUS apresenta como exemplo o caso do empreiteiro que, pouco antes da data de vencimento da obrigação de conclusão da obra, ainda não deu início à respectiva execução (“Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht”, *Juristische Schulung*, 2003, n.º 6, p. 524).

<sup>65</sup> ZIMMERMANN, R., *The New...cit.*, p. 71.

<sup>66</sup> WEIDT, Heinz, *Antizipierter Vertragsbruch*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 109. Veja-se ainda, neste sentido, a decisão do BGH de 28.01.2003 (X ZR 151/00), *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, 1600.

<sup>67</sup> WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 114.

<sup>68</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a figura da recusa antecipada de cumprimento no Direito alemão, veja-se LESSER, Martin, *Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen*, M.&H. Marcus, 1906, p. 65 e ss.; SCHULZE, Walter, *Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners. Eine Beitrag zu Lehre von den positive Vertragsverletzungen*, Risse Verlag, 1934; WIENERT, Hans, *Die Erfüllungsverweigerung bei gegenseitigen Verträgen nach und vor Fälligkeit*, 1936; BÖSS, Heinrich, *Die Erfüllungsverweigerung*



Para parte da doutrina o §323 (4) representa ainda o reconhecimento pelo BGB da relevância jurídica do *objektive Erfüllungsgefährdung* (risco objectivo do cumprimento)<sup>69</sup>, como factor que torna inexigível impor ao credor que aguarde mais tempo para pôr fim ao contrato. Do ponto de vista dogmático o §323 (4) associaria pois, segundo esta leitura, dois elementos: de um lado, a violação presente de um dever de lealdade (*Leistungstreuepflicht*), decorrente do §241 (2), e, por outro, o risco do cumprimento antes do vencimento, figura próxima do impedimento objectivo da prestação e que não pressupõe a violação presente de qualquer dever<sup>70</sup>.

Refira-se ainda apenas, no que concerne à possibilidade de o credor exigir o cumprimento da prestação antes do respectivo vencimento, que a lei processual o admite, como resulta do §259 da *Zivilprozessordnung*, que estabelece o regime das acções que tenham por objecto prestações futuras, i.e., ainda não vencidas<sup>71</sup>. Assim, o credor pode, com excepção dos casos previstos nos §257 e 258, pedir a condenação no cumprimento da obrigação antes do vencimento da mesma, desde que exista uma preocupação de esta não vir a ser realizada no prazo devido. Já não se admite porém que o credor requeira quaisquer diligências executórias. A vantagem de tal condenação consiste assim apenas na possibilidade de, decorrido o prazo relevante, a execução da decisão condenatória poder ser imediatamente requerida. Refira-se ainda que a lei permite ao credor

*des Schuldners vor der Fälligkeit*, Schön-Druck, 1939; HÜFFER, Uwe, *Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln*, Duncker & Humblot, 1976, p. 234 e ss.; FRIEDRICH, K., “Der Vertragsbruch“, *Archiv für die civilistische Praxis*, n.º 178, Outubro 1978; FROHBERG, Gehrard, *Die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung - Tatbestand und Rechtsfolgen*, Münster, S.I., 1979; AUWETER, Brigitte, *Die Antizipierte Erfüllungsverweigerung im Amerikanischen und Deutschen Kaufrecht*, Copy Shop, 1984; WERTENBRUCH, Johannes, “Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllungsanspruch und den Rechten aus §326 BGB nach einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners“, *Archiv für die civilistische Praxis*, n.º 193, Junho de 1993; EMMERICH, Volker, *Das Recht der Leistungsstörungen*, C.H. Beck, 1997, p. 241 e ss.; GERNHUBER, Joachim, “Der endgültige Erfüllungsverweigerung“, *Festschrift für Dieter Medicus Zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag KG, 1999, p. 145 a 159; e HUBER, Ulrich, *Leistungsstörungen. Die Folgen des Schuldnerverzugs, die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, vol. II, Handbuch des Schuldrechts*, Mohr Siebeck, 1999.

<sup>69</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre o conceito de *Erfüllungsgefährdung* veja-se WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 109 e ss. e 130 e ss.

<sup>70</sup> Neste sentido, WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 113.

<sup>71</sup> Determina o §259 do ZPO, sob a epígrafe, *Klage wegen Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung: Klage auf künftige Leistung kann außer den Fällen der §§ 257, 258 erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde*.

requerer simultaneamente com a acção de condenação uma medida de arresto para garantir a obrigação devida (§916 e 935 do ZPO)<sup>72</sup>.

(b) *Modo de efectivação e efeitos*

A resolução opera por declaração à outra parte (§349<sup>73</sup>)<sup>74</sup>, espoletando a libertação das partes das respectivas obrigações de cumprimento e criando a obrigação de restituição de tudo aquilo que tenha sido prestado.

A obrigação de restituição não se encontra sujeita às regras do enriquecimento sem causa, mas a um conjunto de regras especiais constantes dos §346 e ss. A diferença de tratamento regimental assenta na concepção, pela doutrina alemã, da resolução não como forma de extinção da relação contratual (*ab initio* ou *ex nunc*), mas como um mecanismo que procede à transformação (*Umwandlung*) da relação contratual numa relação de liquidação com efeitos retroactivos (*Rückabwicklungsverhältnis*)<sup>75</sup>, da qual emergem novas obrigações para as partes, designadamente obrigações de restituição<sup>76/77</sup>.

<sup>72</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a acção de cumprimento antes do vencimento veja-se WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 170 e ss.

<sup>73</sup> Determina o § 349: *Erklärung des Rücktritts. Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil.*

<sup>74</sup> A regra é afastada nos casos de impossibilidade, em que a relação cessa de forma automática, sem necessidade de uma declaração (v. §326).

<sup>75</sup> A doutrina maioritária alemã entende a resolução (*Rücktritt*) como uma forma de *transformação* da relação contratual numa relação de liquidação e não como um instrumento de extinção do contrato. Veja-se, a propósito da resolução no Direito alemão antes e depois da *Modernisierung*, entre outros, SCHERNER, Karl Otto, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung*, Franz Steiner Verlag GMBH, 1965; LESER, Hans G., *Der Rücktritt vom Vertrag*, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1975; KOHLER, Jürgen, “Das Rücktrittsrecht in der Reform”, *Juristenzeitung*, n.º 56, 7, Março de 2001, p. 325 a 337; HELLWEGE, Phillip, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, Mohr Siebeck, 2004; CANARIS, Claus-Wilhelm, “Teleologie und Systematik der Rücktrittsrechte nach dem BGB”, *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, 2008, p. 3 a 22; e MUTERS, Christof, *Der Rücktritt vom Vertrag. Eine Untersuchung zur Konzeption der Vertragsaufhebung nach der Schuldrechtsreform*, Nomos, 2008.

<sup>76</sup> Veja-se, neste sentido, LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, I, p. 403 e ss. e BECKMANN, Von Heiner, «*Rechtswirkungen eines unberechtigten Rücktritts von einem Liefervertrag und Auswirkungen auf den Leasingvertrag*», *Wertpapier – Mitteilungen*, 2006, p. 952. Para mais desenvolvimentos, veja-se ainda, PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão... cit.*, p. 412 e ss. e ZIMMERMANN, R., *The New... cit.*, p. 72 e “Restitution after Termination for Breach of Contract”, *Restitution Law Review*, 1997, vol. 5, p. 13 a 26 (em especial, p. 17 e s.).

<sup>77</sup> Relembre-se que, o direito de resolução não é afastado em caso de impossibilidade de restituição (§346, (2)).

Alteração igualmente assinalável no novo regime da resolução, para além da eliminação do pressuposto da culpa, resulta da inserção de uma previsão expressa, que tem na base o artigo 45.º, n.º 2 da Convenção de Viena<sup>78</sup>, admitindo a cumulação do exercício do direito de resolução com um pedido de indemnização (§325<sup>79</sup>).

#### 6. Exceção de não cumprimento (§320)<sup>80</sup>

O regime da exceção de não cumprimento não sofreu, na base, alterações com a reforma: num contrato sinalagmático cada uma das partes pode recusar realizar a prestação, enquanto a outra não cumprir, excepto se se encontrar obrigada a cumprir em primeiro lugar. As alterações regimentais, no quadro da exceção de não cumprimento, surgem no §321, como veremos em seguida.

#### 7. *Anticipatory breach*<sup>81</sup> (§321 e 323 (4))

Na versão pré-reforma do §321, apenas o receio de não cumprimento resultante da deterioração da situação financeira da contraparte conferia ao credor obrigado a cumprir primeiro o direito de exercer a exceção de não cumprimento ou, preenchidos os requisitos da lei, resolver o contrato. Hoje, o exercício destes dois direitos é reconhecido ao credor qualquer que seja o

<sup>78</sup> Determina o artigo 45.º, n.º 2: *O comprador não fica privado do direito de pedir indemnização por perdas e danos se exercer o seu direito de recorrer a um outro meio* (trad. de SOARES, Maria Ângelo Bento e RAMOS, Rui Manuel Moura, em *Contratos...cit.*, p. 462).

<sup>79</sup> Determina o §325: *Schadensersatz und Rücktritt. Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen.*

<sup>80</sup> Determina o §320: *Einrede des nicht erfüllten Vertrags. (1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung. (2) Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.*

<sup>81</sup> Recorrendo à proposta de definição de Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, a *anticipatory breach* encerra a regra segundo a qual [a] *declaração de uma das partes, proferida antes do vencimento, com o sentido de que não tem intenção de cumprir, confere à outra parte o direito de resolver o contrato* («Recusa de Cumprimento Declarada Antes do Vencimento (Estudo de Direito Comparado e de Direito Português), *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lex, 1995, p. 301). V. ainda, quanto a este instituto, o nosso *A resolução do contrato sem fundamento*, p. 59 a 87 e 191 a 210.

fundamento do receio de incumprimento<sup>82</sup>: a parte obrigada a cumprir em primeiro pode recusar realizar a prestação desde que, após a celebração do contrato, o cumprimento da contraprestação estiver em perigo em resultado da *falta de capacidade* da contraparte de cumprir (*durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils*).

O receio de incumprimento e a *anticipatory breach* encontraram com a reforma do direito das obrigações lugar no BGB: assim, sempre que o devedor tenha séria e definitivamente recusado o cumprimento pode o credor resolver o contrato sem a necessidade de fixação de um prazo adicional para o cumprimento ou a prestação de garantias de cumprimento (§321(2) e §323(2)(1)). O §321(4) esclarece que tais disposições são aplicáveis mesmo que a recusa de cumprimento tenha sido realizada *antes* do vencimento da obrigação relevante. Note-se apenas que as regras consagradas nestas disposições já eram, à data da reforma do BGB, aceites pela maioria da doutrina e jurisprudência, não encontrando apenas ainda consagração legal<sup>83</sup>.

Veja-se ainda, quanto à *anticipatory breach* no BGB o que se disse a propósito do §323 (4), *supra*.

## 8. Mora do credor (§393 e ss.)

As regras quanto à mora do credor foram muito pouco alteradas no quadro da reforma, mantendo-se a orientação geral, nos termos da qual não existe um *dever* do credor receber a prestação, mas apenas um *direito* de a receber.

## 9. Breve nota quanto ao direito de denúncia de contratos de execução duradoura. O §314

### 9.1. Contratos de execução duradoura

O conceito de relação de execução duradoura («*Dauerschuldverhältnis*») foi introduzido na lei alemã com a *Schuldrechtsmodernisierung*, nos §308 (3), §309 (1) e (9) e §314 do BGB.

<sup>82</sup> Determina o § 321: *Unsicherheitseinrede*. (1) *Wer aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt, wenn die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird.* (2) *Der Vorleistungspflichtige kann eine angemessene Frist bestimmen, in welcher der andere Teil Zug um Zug gegen die Leistung nach seiner Wahl die Gegenleistung zu bewirken oder Sicherheit zu leisten hat. Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Vorleistungspflichtige vom Vertrag zurücktreten. § 323 findet entsprechende Anwendung.*

<sup>83</sup> Ver, por todos, ZIMMERMAN, R., *The New...cit.*, p. 75.

Apesar da opção de não definição no texto do BGB do conceito, existe um consenso jurisprudencial e doutrinal quanto à matéria. Entende-se assim que uma relação de execução duradoura se caracteriza, de um lado, por ter como objecto um comportamento contínuo ou prestações de natureza reiterada, de pelo menos uma das partes, de outro, por surgirem durante a execução do contrato novas obrigações e deveres e, finalmente, por o número global de prestações contratuais depender do prazo de vigência do contrato<sup>84</sup>. Salienta igualmente a doutrina a inexistência, em regra, de um interesse na prestação global (*Gesamtleistungsinteresse*)<sup>85</sup>.

Muito embora também no Direito alemão, à semelhança do que sucede no Direito português, não se preveja um regime geral, auto-suficiente, aplicável às relações de execução duradoura, autónomo do regime dos contratos de execução instantânea, encontrando-se apenas regulados alguns contratos de execução duradoura em especial, como por exemplo o contrato de arrendamento (*Mietvertrag*), existem algumas normas especificamente dirigidas às relações de execução duradoura *em geral*.

## 9.2. A cessação dos contratos de execução duradoura. O §314

O §314 introduz um regime de cessação unilateral próprio dos contratos duradouros, disposição inovadora que não encontramos, por exemplo, no Código Civil português.

Refira-se apenas que, também aqui, à semelhança, por exemplo, do sucedido no §323 (4), se trata de uma disposição que veio apenas acolher no BGB o direito de cessação unilateral por justa causa<sup>86</sup>, que doutrina e jurisprudência – apesar da inexistência de previsão específica – já reconheciam, em geral, no universo dos contratos de execução duradoura<sup>87/88</sup>. Considerava-se existir justa causa (...) *quando, consideradas todas as circunstâncias, não é exigível, segundo a boa fé,*

<sup>84</sup> Neste sentido, WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 141.

<sup>85</sup> SCHWARZE, Roland, *Das Recht der Leistungsstörungen*, DeGruyer Recht, 2008, p. 167.

<sup>86</sup> Neste sentido, HASE, Karl V., “Fristlose Kündigung und Abmahnung nach neuem Recht“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 2278.

<sup>87</sup> Assim, LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, I, p. 32 e s. e 163 e s., *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.<sup>a</sup> ed., trad. de José Lamego da 6.<sup>a</sup> ed. reformulada de 1991, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 544 e s., 1997; OETKER, H., *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik*, J.C.B. Mohr (Siebeck), 1994, p. 269; e SCHWARZE, Roland, *Das Recht...cit.*, p. 166.

<sup>88</sup> Veja-se, quanto ao papel da jurisprudência na evolução do Direito Civil alemão, WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 3.<sup>a</sup> ed., trad. de A.M. Hespanha da 2.<sup>a</sup> ed. revista de

a uma das partes do contrato que prossiga na relação obrigacional<sup>89</sup>. A inexigibilidade era pois determinada à luz de um critério de boa fé. O legislador da *Modernisierung* não procurou alterar esta orientação.

Hoje, o §314, sob a epígrafe *denúncia de relações duradouras com base num fundamento importante*, determina no n.º 1 que [c]ada parte num contrato pode, independentemente do prazo, pôr termo a uma relação duradoura com base num fundamento importante. Existe um fundamento importante quando, à parte denunciante, não possa ser exigida a manutenção da relação contratual até ao seu termo ou até ao decurso de um prazo de denúncia, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e sob a ponderação dos interesses de ambas<sup>90</sup>.

Note-se que existe um conjunto significativo de normas especiais, em relação ao §314, em particular no que respeita às regras quanto ao prazo de denúncia e à *Abmahnung*. Assim, o §626 (1), respeitante ao contrato de prestação de serviços (*Dienstverhältnisse*), o §543 (1) e §569, no âmbito do contrato de arrendamento e de arrendamento para fins habitacionais, respectivamente (*Mietverhältnisse* e *Mietverhältnisse über Wohnraum*), o §723, aplicável ao contrato de sociedade (*Gesellschaftsvertrag*) e, finalmente, o §490, aplicável ao contrato de mútuo (*Darlehensvertrag*)<sup>91/92</sup>.

Finalmente, importa referir que o novo §314 tem sido objecto de crítica por parte da doutrina que aponta alguma obscuridade da regra quanto à necessidade de um prazo para a denúncia, geradora de incerteza jurídica e, bem assim, de aumento de litígios, e, por outro lado, a falta de clareza na articulação

1967, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 591 e ss. Em especial, quanto à criação de um princípio geral de cessação com fundamento em *causas graves*, p. 598.

<sup>89</sup> LARENZ, Karl, *Metodologia...cit.*, p. 406 e *Lehrbuch...cit.*, p. 137.

<sup>90</sup> Tradução de CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, I, p. 528. No original e na versão integral dispõe o §314: *Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund (1) Dauerschuldverhältnisse kann jeder Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. (2) Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag, ist die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig. § 323 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung. (3) Der Berechtigte kann nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat. (4) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.*

<sup>91</sup> A tradução de “*Darlehensvertrag*” para mútuo não é estritamente exacta, desde logo por aquele apenas abranger o empréstimo de dinheiro. O empréstimo de coisa fungível encontra-se regulado um pouco adiante nos §607 e ss. do BGB, no âmbito do *Sachdarlehensvertrag*.

<sup>92</sup> Veja-se quanto a este ponto HASE, Karl V., «*Fristlose...cit.*», p. 2278.

e delimitação entre a área de aplicação desta disposição e do §313, respeitante à alteração de circunstâncias<sup>93</sup>.

### 9.3. O fundamento relevante

Existe um fundamento relevante, nos termos do §314 (1), quando a manutenção do contrato até ao fim do respectivo prazo de vigência, atendendo às circunstâncias do caso concreto e pesados os interesses de ambas as partes, não seja *exigível* à parte que pretende pôr fim ao contrato.

À semelhança do que sucede no §324, que atribui ao credor um direito de resolução por violação de deveres emergentes do §241 (2) quando não lhe seja exigível a manutenção do contrato<sup>94</sup>, também o §314 parte da ideia de inexigibilidade<sup>95</sup>. Será assim sempre necessário para accionar aquela disposição, por um lado, uma perturbação da relação e, por outro, que esta torne inexigível a respectiva manutenção<sup>96/97</sup>.

#### (a) *A violação de um dever (§314 (2))*

O §314 (2) concretiza o *fundamento relevante* num caso específico, o de violação de um dever. A segunda parte desta disposição remete-nos para o elenco

<sup>93</sup> Assim, HASE, Karl V., “Fristlose...*cit.*”, p. 2279 e ss. e RAMMIN, Klaus, “Wechselwirkungen bei den Voraussetzungen der gesetzlichen Kündigungs- und Rücktrittsrechte nach allgemeinem Schuldrecht (§314, 323, 324 BGB)“, *Zeitschrift für das Gesamte Schuldrecht*, 2003, n.º 3, p. 116. Parte da doutrina – entre outros, SCHWARZE (*Das Recht...cit.*, p. 172 e s.) – defende que se os tipos legais tanto do §313 como do §314 se encontrarem preenchidos, o que poderá suceder quando a justa causa tiver por fundamento uma alteração das circunstâncias, o credor pode recorrer a qualquer uma das normas.

<sup>94</sup> O §324 concede a faculdade de resolver o contrato com fundamento na violação pela contraparte de um dever emergente do §241 (2), isto é, de um dever decorrente da boa fé, sempre que não seja exigível a manutenção do contrato. No original: *Verletzt der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, so kann der Gläubiger zurücktreten, wenn ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist.*

<sup>95</sup> Chamando a atenção para os pontos de contacto entre estas duas disposições, RAMMIN, Klaus, “Wechselwirkungen...*cit.*”, p. 116.

<sup>96</sup> Note-se apenas que, apesar da proximidade entre o §324 e o §314, a sistemática seguida pelo legislador no §314 difere da que encontramos nos §323 e ss., na medida em que naquela disposição se distingue apenas entre a violação de um dever – §314 (2) – e outras perturbações do contrato subsumíveis à previsão do §314 (1), enquanto nos §323 e ss. se distingue, designadamente, entre incumprimento, cumprimento defeituoso, violação antecipada do contrato e violação de um dever emergente do §241 (2).

<sup>97</sup> Veja-se ainda, quanto ao conceito de *fundamento relevante*, PALANDT, *Bürgerliches...cit.*, p. 516 e s. e *Münchener...cit.*, p. 1816 a 1819.

de situações do §323 (2), dispensando assim o titular do direito de denúncia de fixar um prazo adicional para o cumprimento sempre que o devedor recuse séria e definitivamente a prestação, tenha sido estabelecido um termo essencial subjectivo para a realização da prestação ou, quando ponderados os interesses de ambas as partes, se justifique a extinção imediata do contrato.

No que concerne à violação de um dever como *wichtige Grund* não existe qualquer diferenciação de regime consoante a natureza da obrigação violada. A regra é assim aplicável tanto em caso de violação da prestação principal, como de prestações laterais, bem como ainda de deveres de respeito – §241 (2). Inclui-se assim dentro desta previsão, tanto uma situação de mora, como de cumprimento defeituoso, como de incumprimento definitivo. Segundo alguma doutrina devem ainda ser reconduzidos à previsão do §314 (2) os casos de exclusão do dever de prestar regulados no §275<sup>98</sup>.

#### (b) *Outros fundamentos de inexigibilidade*

Em regra, verificando-se uma situação susceptível de fundamentar o exercício do direito de resolução, nos termos do §323, haverá fundamento relevante nos termos e para os efeitos do §314 (1)<sup>99</sup>. Todavia, por contraposição com o disposto no §323 e também no §324, retira-se do §314 (2), *a contrario*, que pode existir um fundamento relevante sem que ocorra a violação de qualquer dever.

Serão assim subsumíveis à previsão do §314 (1), em particular, os casos em que existe um risco de não realização da prestação, mas em que o respectivo cumprimento ainda não é exigível. Enquadrar-se-á portanto no âmbito desta disposição a recusa de cumprimento antes do vencimento<sup>100</sup>, no âmbito de um contrato de execução duradoura<sup>101</sup>.

No que concerne à jurisprudência, tem-se assistido a uma recondução ao §314 (1) de situações em que a justa causa resulta de uma perda de confiança no devedor. Frequentemente todavia, o recurso ao termo *confiança* apenas significa a legítima expectativa do credor quanto ao cumprimento futuro pelo devedor das obrigações e deveres a que se encontra vinculado<sup>102</sup>. De facto,

<sup>98</sup> Assim, SCHWARZE, apesar de reconhecer que, nos casos do §275 a obrigação de contraprestação se encontra excluída, por força do §326 (1), afirma que o credor pode ter um fundamento atendível para libertar-se da relação obrigacional no seu todo (*Das Recht...cit.*, p. 171).

<sup>99</sup> Neste sentido, RAMMIN, Klaus, “Wechselwirkungen...cit.”, p. 118 e, em especial, quanto à aplicabilidade dos fundamentos do §323 (4), WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 141.

<sup>100</sup> Assim, SCHWARZE, Roland, *Das Recht...cit.*, p. 171.

<sup>101</sup> Assim, WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 141.

<sup>102</sup> Neste sentido, SCHWARZE, Roland, *Das Recht...cit.*, p. 171.



na maioria dos casos, a perturbação da *base de confiança* do contrato resulta de um incumprimento contratual voluntário, entendendo a jurisprudência que tal quebra de confiança se sobrepõe ao interesse da outra parte – inadimplente – na contraprestação<sup>103</sup>.

A perda da confiança em sentido próprio pode todavia, em si mesma, con-substanciar justa causa. Tal poderá suceder, designadamente, em relações em que existe uma *confiança subjectiva*, pressuposto da relação obrigacional. Assim, por exemplo, nos casos dos contratos de prestação de serviços em que exista uma posição de especial confiança (§627). O §627 («*Fristlose Kündigung bei Vertrauensstellung*») atribui um direito de denúncia a todo tempo ao credor nos casos em que o devedor tenha que desempenhar serviços de uma elevada natureza que, em regra, apenas são atribuídos numa base de especial confiança. Para além deste tipo contratual, previsto na lei, pode ser pressuposta uma *confiança na pessoa* – casos em que o contacto pessoal é essencial e fundamental à relação duradoura – cuja subsistência condicionará igualmente a exigibilidade da respectiva manutenção.

(c) *Outros elementos relevantes no exercício da faculdade do §314*

Na questão da apreciação da inexigibilidade da manutenção de uma relação de execução duradoura para efeitos de accionamento do §314, relevam ainda, para parte da doutrina, os demais instrumentos que o credor tenha ao seu dispor para pôr fim ao contrato<sup>104</sup>. Assim, se o credor puder resolver o contrato regularmente com recurso, designadamente, à resolução do §323 ou §326, deve valer um critério mais rígido: deverá ser inexigível ao credor não só a manutenção do contrato, mas também o recurso àqueles instrumentos – regulares – de cessação do contrato. Se a possibilidade de resolução *regular* se encontrar, por exemplo, contratualmente excluída, então deverá ser ponderado no juízo de inexigibilidade que uma denúncia extraordinária, nos termos do §314, é o único meio ao dispor do credor para se libertar do contrato. A introdução de tais elementos no juízo quanto ao accionamento do §314 poderá resultar num alargamento do conceito de inexigibilidade.

<sup>103</sup> Neste sentido, MAGALHÃES, David, *A Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano*, Coimbra Editora, 2009, p. 71.

<sup>104</sup> Assim, SCHWARZE, Roland, *Das Recht...cit.*, p. 173.

## §2. O Direito francês

### A. Nota introdutória

#### 1. A justificação da reforma

Uma vigência de dois séculos de um texto praticamente imune às alterações externas teve como resultado *natural* uma desatualização e distanciamento progressivo entre o Direito dos Contratos, constante do Código Civil francês de 1804, e a realidade social, económica e, conseqüentemente, jurídica, daí resultando um desfasamento significativo entre o Direito *escrito* do Código e o Direito *aplicado* pelos tribunais, gerador de incerteza e insegurança na determinação do Direito, de facto, em vigor<sup>105/106</sup>.

A quase imutabilidade do Código, para além do efeito no aumento da insegurança jurídica, amplamente reconhecido e discutido por doutrina e jurisprudência, deu ainda origem, por um lado, e tornou visíveis, por outro, um conjunto significativo de insuficiências do texto, entre as quais se pode destacar, a título exemplificativo, o não reconhecimento de relevância ao período pré-contratual, e, por esta razão, à responsabilidade *in contrahendo*, bem como o progressivo *desfigurar* do título III (*Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*), que estabelece as regras de um “Direito Comum dos Contratos”, em resultado do número crescente de regras especiais aplicáveis a alguns contratos em especial, como a compra e venda, às cláusulas contratuais abusivas, à protecção do consumidor, à cessão simplificada de créditos, entre outras.

<sup>105</sup> Note-se que a ideia de reforma não é algo de novo. Desde logo, lembre-se o projecto de código franco-italiano das obrigações, promovido por Vittorio Scialoja, com a participação, do lado italiano, de ASCOLI, BENZA, BONELLI, CHIRONI, COVIELLO, D’AMELIO, DE RUGGIERO, POLACCO, SIMONCELLI, SRAFFA e VIVANTE, e do lado francês, entre outros, LYON-CAEN, CAPITANT, BAUDUOIN, COLIN, DEMOGUE, GÉNY e JOSSERAND, terminado e publicado em 1926. Veja-se ainda, as discussões havidas aquando do centenário do Código, relembradas, por ocasião do bicentenário do Código, com a republicação, em 2004, do *Le Livre du Centenaire. Code Civil (1804-1904)*, Halperin, Jean-Louis, Dalloz.

<sup>106</sup> Philippe Dupichot, a propósito deste distanciamento entre o Direito *escrito* e o Direito *vivo* afirma que *le droit des contrats est, après deux siècles, devenu une discipline de “sachants”, au rebours de la tradition démocratique continentale. Elle est devenue la DIP du droit interne, croulant sous des subtilités qui la rendent imprévisible* (“Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats”, *Droit et Patrimoine*, n.º 247, maio de 2015, p. 33). No mesmo sentido, quanto ao objectivo da reforma de promoção de segurança jurídica, v. FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, “La réforme française du droit des contrats à la lumière des droits étrangers. Analyse de l’article 1171 du Code civil à l’aune du droit allemand, turc et américain”, *Revue internationale de droit comparé*, n.º 4, 2016, p. 861.

A modernização do Direito Privado francês é apresentada, por estas e outras razões – o reforço da atractividade do Direito francês, no plano político, cultural e económico, recuperando algum espaço no quadro internacional surge também como fim da reforma<sup>107</sup> – pela Doutrina e pelo legislador, como uma *necessidade*.

Os sistemas jurídicos de *common law*, bem como os Princípios Unidroit, os PDEC, bem como o QCR são apontados como fontes de inspiração, neste esforço de modernização do Direito das Obrigações e dos Contratos, que passa por uma preocupação de simplificação, atualização e aumento da atratividade do Direito francês a nível internacional.

## 2. *A génese da reforma (2005 a 2016)*

A reforma do Código Civil em curso comporta diferentes fases, tendo a primeira incidido sobre o regime da prescrição e resultado na aprovação da Lei n.º 2008-561, de Junho de 2008. A segunda fase, de que nos ocupamos aqui e que teve por objecto o Direito dos Contratos, concluída com a aprovação da *Ordonnance* n.º 2016-131<sup>108</sup>, introduziu, entre outros, alterações substanciais no regime do incumprimento contratual.

O texto aprovado teve por base, essencialmente, duas propostas de origem académica. A primeira, de 2005, conhecida por *Avant-Projet Catala (Avant-Projet de Réforme du Droit des Obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la Prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil))*, de 22 de Setembro de 2005), por ter sido encabeçada por Pierre Catala, propõe *pas un code de rupture*,

<sup>107</sup> Assim, no *Rapport au Président de la République, relatif à l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (publicado no *Journal officiel de La République Française* de 11.02.2016, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>).

<sup>108</sup> A *Ordonnance* 2016-131 entrou em vigor a 1.10.2016, com excepção de três disposições (terceira e quarta alíneas do artigo 1123, referentes ao pacto de preferência; artigo 1158, referente ao regime da representação; e artigo 1183, referente às sanções aplicáveis no quadro da formação do contrato). Note-se ainda, quando à produção de efeitos da *Ordonnance*, que as alterações por esta introduzidas não se aplicam aos contratos celebrados antes da respectiva entrada em vigor. Por outro lado, esclarece ainda o legislador, as acções que tenham sido propostas antes da entrada em vigor da lei serão julgadas de acordo com a *lei antiga*, independentemente da instância em causa (v. artigo 9.º - *Les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1er octobre 2016. Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne. Toutefois, les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance. Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation*).

*mais d'ajustement*<sup>109</sup>, sendo uma proposta relativamente conservadora, numa linha de maior continuidade com o Código Civil de 1804, pouco permeável às influências de instrumentos de regulação europeus e internacionais<sup>110</sup>.

A segunda, apresentada em 2008, designada por *Avant-Projet Terré*, por ter sido dirigida por François Terré, no quadro da *Académie des Sciences Morales et Politiques*, é, do ponto de vista substancial, mais arrojada, sendo visível a influência de trabalhos europeus e internacionais<sup>111</sup>.

Ambos projectos influenciaram significativamente as propostas apresentadas pelo Ministério da Justiça em Julho de 2008<sup>112</sup> e, posteriormente, em Maio de 2009<sup>113</sup>.

Em 2011 foi apresentado um novo projecto pelo Ministério da Justiça (*Projet de réforme du Droit des Obligations et des Quasi Contrats*)<sup>114</sup> e em 2013 uma nova versão ainda (*Avant-projet de réforme du Droit des Obligations*)<sup>115/116</sup>. Esta última versão, que coincide essencialmente com a *Ordonnance* aprovada em 2016, reuniu elementos dos projectos *Terré* (com maior preponderância) e *Catala* sendo ainda visível a influência dos PDEC e dos Princípios Unidroit.

Do ponto de vista do processo legislativo, a reforma surge em execução do artigo 8.º da lei 2015-117 de 16.02.2015, *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*,

<sup>109</sup> Pierre Catala, na apresentação geral do ante-projecto.

<sup>110</sup> O texto encontra-se disponível integralmente em [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf).

<sup>111</sup> A proposta é comentada nos seguintes três volumes, por diferentes autores, sob a coordenação de F. TERRÉ: *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011; *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013.

<sup>112</sup> O redactor do projecto é F. Ancel. Para mais desenvolvimentos sobre este ante-projecto, veja-se, MALAURIE, P. «Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats», *La Semaine Juridique. Édition Générale*, n.º 44, 29 de Outubro de 2008, I, pp. 204 e ss. A versão integral do texto encontra-se disponível em: [www.lexinter.net/ACTUALITE/projet\\_de\\_reforme\\_du\\_droit\\_des\\_contrats.htm](http://www.lexinter.net/ACTUALITE/projet_de_reforme_du_droit_des_contrats.htm).

<sup>113</sup> Veja-se, quanto a estes dois projectos o nosso *Notas sobre a Reforma do Direito dos Contratos francês*, publicado em 2010 na revista *Themis*, ano X, n.º 18, p. 209 a 223, Almedina.

<sup>114</sup> A versão integral do texto encontra-se disponível em: [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/avant\\_projet\\_regime\\_obligations.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_regime_obligations.pdf).

<sup>115</sup> A versão integral do texto encontra-se disponível em: <https://mfmblog.files.wordpress.com/2014/09/avant-projet-de-rc3a9forme-octobre-2013.pdf>.

<sup>116</sup> Veja-se quanto ao percurso que conduziu ao texto final da *Ordonnance* 2016-131, AYNÈS, Laurent, “Les sanctions de l’inexécution du contrat”, *Revue des Contrats, Réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, Abril 2016, hors-série, Lextenso, p. 39 e s. e DUPICHTOT, Philippe, “Regards... *cit.*”, p. 32 e ss.

que, no artigo 8.º, autoriza o Governo a reformar o Direito das Obrigações por via de *Ordonnance*<sup>117</sup>.

### 3. Uma visão geral da reforma introduzida pela *Ordonnance* 2016-131

#### 3.1. A re-organização do livro III do Código Civil

A *Ordonnance* 2016-131 incidiu sobre o livro terceiro do Código Civil (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*), livro claramente mais extenso do

<sup>117</sup> O artigo 8.º autoriza o Governo a 1º *Affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle ; énumérer et définir les principales catégories de contrats ; préciser les règles relatives au processus de conclusion du contrat, y compris conclu par voie électronique, afin de clarifier les dispositions applicables en matière de négociation, d'offre et d'acceptation de contrat, notamment s'agissant de sa date et du lieu de sa formation, de promesse de contrat et de pacte de préférence ; 2º Simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat, qui comprennent celles relatives au consentement, à la capacité, à la représentation et au contenu du contrat, en consacrant en particulier le devoir d'information et la notion de clause abusive et en introduisant des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre ; 3º Affirmer le principe du consensualisme et présenter ses exceptions, en indiquant les principales règles applicables à la forme du contrat ; 4º Clarifier les règles relatives à la nullité et à la caducité, qui sanctionnent les conditions de validité et de forme du contrat ; 5º Clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat et spécifier celles qui sont propres aux contrats d'adhésion ; 6º Préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers, en consacrant la possibilité pour celles-ci d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances ; 7º Clarifier les règles relatives à la durée du contrat ; 8º Regrouper les règles applicables à l'inexécution du contrat et introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification ; 9º Moderniser les règles applicables à la gestion d'affaires et au paiement de l'indu et consacrer la notion d'enrichissement sans cause ; 10º Introduire un régime général des obligations et clarifier et moderniser ses règles ; préciser en particulier celles relatives aux différentes modalités de l'obligation, en distinguant les obligations conditionnelles, à terme, cumulatives, alternatives, facultatives, solidaires et à prestation indivisible ; adapter les règles du paiement et expliciter les règles applicables aux autres formes d'extinction de l'obligation résultant de la remise de dette, de la compensation et de la confusion ; 11º Regrouper l'ensemble des opérations destinées à modifier le rapport d'obligation ; consacrer, dans les principales actions ouvertes au créancier, les actions directes en paiement prévues par la loi ; moderniser les règles relatives à la cession de créance, à la novation et à la délégation ; consacrer la cession de dette et la cession de contrat ; préciser les règles applicables aux restitutions, notamment en cas d'anéantissement du contrat ; 12º Clarifier et simplifier l'ensemble des règles applicables à la preuve des obligations ; en conséquence, énoncer d'abord celles relatives à la charge de la preuve, aux présomptions légales, à l'autorité de chose jugée, aux conventions sur la preuve et à l'admission de la preuve ; préciser, ensuite, les conditions d'admissibilité des modes de preuve des faits et des actes juridiques ; détailler, enfin, les régimes applicables aux différents modes de preuve ; 13º Aménager et modifier toutes dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences des modifications apportées en application des 1º à 12º.*

Código<sup>118/119</sup>, reescrevendo as normas respeitantes ao regime dos contratos e das obrigações, que compõem os títulos III a IV-bis deste.

Os títulos III a IV-bis foram reestruturados, reorganizados, de tal forma que hoje os títulos III e IV concentram o regime geral das obrigações, sob as epígrafes *Des sources des obligations* (título III) e *Du régime général des obligations* (título IV), e o título IV-bis, o regime da prova (*De la preuve des obligations*), independente agora da fonte da obrigação em causa. Trata-se pois de uma reforma – formalmente – particularmente extensa – discutir-se-á se do ponto de vista da substância também o foi.

O título III, *des fontes des obligations*, encontra-se subdividido agora em três subtítulos, intitulados respectivamente, o *contrato* (artigos 1101 a 1231-7), a *responsabilidade extra-contratual* (artigos 1241 a 1245-17) e *outras fontes de obrigações* (artigos 1300 e ss.), na qual se inserem a gestão de negócios, a repetição do indevido e o enriquecimento sem causa (anteriormente ausente do Código Civil).

O subtítulo dedicado ao contrato abre com o enunciado de um conjunto de princípios, designadamente, liberdade contratual, força obrigatória do contrato e boa fé, e o enunciado de diferentes categorias contratuais (*vg.*, contrato sinalagmático e contrato unilateral, contrato oneroso e contrato gratuito, contrato comutativo e contrato aleatório, contrato consensual, formal e real, contrato de execução instantânea e contrato de execução sucessiva<sup>120</sup>), sendo aqui de salientar a referência expressa – inovadora – ao contrato de adesão, contraponto do contrato *à gré*, isto é, determinado pela vontade, “livre” (artigo

<sup>118</sup> O Código Civil francês encontra-se dividido em cinco livros: livro primeiro, *Des Personnes* (artigos 7 a 516), livro segundo, *Des biens et des différentes modifications de la propriété* (artigos 517 a 717), livro terceiro, *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* (artigos 720 a 2287), livro quarto, *Des Suretés* (artigos 2287-1 a 2488-5) e livro quinto, *Dispositions applicables à la Mayotte* (artigos 2289 a 2584).

<sup>119</sup> O livro terceiro encontrava-se dividido, antes da reforma, nas seguintes secções: *Des successions* (título I), *Des donations entre vifs et des testaments*, (título II), *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général* (título III), *Des engagements qui se forment sans convention* (título IV), *De la responsabilité des produits défectueux* (título IV-bis), *Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux* (título V), *De la vente* (título VI), *De l'échange* (título VII), *Du contrat de louage* (título VIII), *Du contrat de promotion immobilière* (título VIII bis), *De la société* (título IX), *Des conventions relatives à l'exercice de droits indivis* (título IX bis), *Du prêt* (título X), *Du dépôt et du sequestre* (título XI), *Des contrats aléatoires* (título XII), *Du mandat* (título XIII), *De la fiducie* (título XIV), *Des transactions* (título XV), *Du compromis* (título XVI), *De la convention de procédure participative* (título XVII), *De la prescription extinctive* (título XX), *De la possession et de la prescription acquisitive* (título XXI).

<sup>120</sup> G. ALPA critica a natureza demasiado pedagógica das definições propostas, pouco adequada a um código que tem como finalidade uma aplicação prática (“Projet français de réforme du droit des contrats”, *Revue internationale de droit comparé*, n.º 4, 2015, p. 884).

1110)<sup>121</sup>. Os artigos 1112 a 1187 referem-se à formação do contrato (capítulo II), englobando tanto a formação em sentido estrito, como a validade, a forma, e as “sanções” – nulidade e caducidade<sup>122</sup>. Os artigos 1888 a 1192 contêm normas respeitantes à interpretação do contrato (capítulo III) e, finalmente, os artigos 1193 a 1231-7, normas dedicadas aos efeitos dos contratos (capítulo IV).

No capítulo IV, dedicado aos efeitos do contrato, optou o legislador por regular, por um lado, os efeitos do contrato entre as partes (artigos 1193 a 1198) e face a terceiros (artigos 1198 a 1209), por outro, a duração do contrato (artigos 1210 a 1215), distinguindo, do ponto de vista regimental, os contratos de duração indeterminada (artigos 1210 e s.) e os contratos de duração determinada (artigos 1212 a 1215), a cessão do contrato (artigos 1216 a 1216-3) e, finalmente, os efeitos da inexecução do contrato (artigos 1217 a 1231-7). A nossa análise das extensas alterações agora introduzidas cingir-se-á a esta última secção, i.e., à parte respeitante ao incumprimento do contrato (artigos 1217 e ss.), com especial enfoque no regime da resolução do contrato com fundamento em incumprimento (artigos 1224 a 1230).

Do ponto de vista sistemático a estrutura dos títulos III a IV bis é pois hoje a seguinte:

- Titre III Des Sources des Obligations
  - Sous-titre I Le contrat
    - Chapitre I Dispositions liminaires
    - Chapitre II La formation du contrat
      - Section I La conclusion du contrat
      - Section II La validité du contrat
      - Section III La forme du contrat
    - Chapitre III L'interprétation du contrat
    - Chapitre IV Les effets du contrat
      - Section I Les effets du contrat entre les parties
      - Section II Les effets du contrat à l'égard de tiers
      - Section III La durée du contrat
      - Section IV La cession du contrat
      - Section V L' inexécution du contrat
  - Sous-titre II La Responsabilité Extracontractuelle
    - Chapitre I La responsabilité extracontractuelle en general
    - Chapitre II La responsabilité du fait des produits défectueux
  - Sous-titre III Autres Sources d'Obligations

<sup>121</sup> Trata-se dos artigos 1101 a 1111-1 que compõem o capítulo I, *Disposições liminares*.

<sup>122</sup> Neste conjunto de normas que compõem o capítulo II, destaque-se ainda apenas as regras constantes dos artigos 1125 a 1127-4 respeitantes à formação do contrato por via electrónica.

Chapitre I La gestion d'affaires  
Chapitre II Le paiement de l'indu  
Chapitre III L'enrichissement injustifié

Titre IV Du regime general des obligations

Chapitre I Les modalités des obligations  
Section I L'obligation conditionnelle  
Section II L'obligation à terme  
Section III L'obligation plurale  
Sous-section I La pluralité d'objets  
Sous-section II La pluralité de sujets

Chapitre II Les opérations sur obligations

Section I La cession de créance  
Section II La cession de dette  
Section III La novation  
Section IV La délégation

Chapitre III Les actions ouvertes au créancier

Chapitre IV L'extinction de l'obligation

Section I Le paiement  
Section II La compensation  
Section III La confusion  
Section IV La remise de dette  
Section V L'impossibilité d'exécuter

Chapitre IV Les restitutions

Titre IV Bis De la preuve des obligations

### 3.2. Os traços gerais da reforma

Parte da doutrina reconhece na reforma uma linha de continuidade com o Código de 1804, visível na manutenção de disposições idênticas ou muito semelhantes às do CC de 1804, bem como na mera codificação de regras já assentes na jurisprudência (p. ex., o alargamento da regra da boa fé às negociações pré-contratuais, artigo 1104)<sup>123</sup> ou, ainda, na manutenção de conceitos de 1804, como por exemplo, a *faute* do devedor<sup>124</sup>. Mesmo a eliminação da *cause*, como condição de validade da obrigação, do contrato (artigo 1108, na versão

<sup>123</sup> Assim, REVET, Thierry, “Une philosophie générale?”, *Revue des Contrats, Réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, Abril 2016, hors-série, Lextenso, p. 5 e ss.

<sup>124</sup> V., neste sentido, REVET, Phillipe e AYNÈS, Laurent, *Revue des Contrats, Réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, Abril 2016, hors-série, Lextenso, p. 5 e ss. e 40.



anterior à reforma<sup>125</sup>), assumiu, como é afirmado claramente no *Rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance*, natureza meramente formal<sup>126</sup>. Segundo, p. ex., Philippe Revet, a *cause* perdura, quanto às suas finalidades, sob as designações de *contrapartida* (artigo 1169) e *fim do contrato* (artigo 1162)<sup>127/128</sup>.

Quais as novidades então trazidas pela reforma?

As inovações introduzidas resultam de uma vontade, expressamente declarada no *Rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance*<sup>129</sup>, de promover a eficiência, designadamente económica, do Direito dos Contratos, em geral, e das sanções aplicáveis ao incumprimento, em especial. Esta finalidade é especialmente visível, entre outros, numa redução dos casos em que se exige uma intervenção judicial, na produção automática dos efeitos da força maior (v. artigo 1218), no regime da excepção de não cumprimento antecipada (v. artigo 1220), na relevância do custo da execução forçada para efeitos de apreciação da possibilidade de recurso a este remédio (v. artigo 1221), nos regimes da redução do preço (v. artigo 1223) e na resolução unilateral (v. artigo 1226).

Parte da doutrina, designadamente Revet, coloca a tónica da reforma no reforço da tutela da parte contratante mais fraca, resultante do reconhecimento de que a igualdade das partes, ideia subjacente ao espírito do Código de 1804, nem sempre corresponde à realidade. Esta protecção é visível, designadamente, na introdução de uma distinção entre *contrat de gré à gré* e *contrat d'adhésion*

<sup>125</sup> Dispunham os artigos 1108 e os artigos 1131 a 1133 que desenvolviam o regime da *cause*, como segue: *Article 1108. Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation; Article 1131 L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet; Article 1132 La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée; e Article 1133 La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public. Depois da reforma, determina o artigo 1128: *Sont nécessaires à la validité d'un contrat: 1° Le consentement des parties; 2° Leur capacité de contracter; 3° Un contenu licite et certain.**

<sup>126</sup> No *Rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance* lê-se: *l'abandon formel de la notion de cause, qui a suscité de nombreux débats, permettra à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers, tout en consacrant dans la loi les différentes fonctions, dont celle de rééquilibrage du contrat, que la jurisprudence lui avait assignées* (<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>, enfase nossa). O projecto Catala, mais conservador, mantinha a *cause* como element necessário do contrato.

<sup>127</sup> “Une philosophie...*cit.*, p. 7. Veja-se os artigos 1169, quanto à contrapartida e 1162, quanto ao fim do contrato. Dispõe o artigo 1169: *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire*; e o artigo 1162: *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.*

<sup>128</sup> Ainda sobre a eliminação formal da *cause*, ALPA, G., “Projet...*cit.*, p. 879 e s.

<sup>129</sup> Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>).

(artigo 1110), bem como nas regras constantes dos artigos 1171, 1190, 1195 e 1143<sup>130</sup>. A previsão da resolução unilateral em caso de incumprimento grave (artigo 1126, 3) e da excepção de não cumprimento antecipada (artigo 1220) são igualmente instrumentos que procuram um equilíbrio entre a justiça contratual e a autonomia das partes<sup>131</sup>.

Para além de tais alterações, a reforma recebeu no Código um conjunto de institutos e figuras que, muito embora não regulados, se encontravam sedimentados na ordem jurídica francesa, como a *culpa in contrahendo* (artigos 1112)<sup>132</sup>, a alteração das circunstâncias (artigo 1195)<sup>133</sup>, a cessão contratual (artigos 1216 a 1216-3) e o enriquecimento sem causa (artigo 1303 a 1303-4). Adicionalmente, em resposta às críticas perante a indiferença do Código ao período pré-contratual, para além da codificação da culpa *in contrahendo*, nos artigos 1112 a 1124 encontra-se agora regulada a formação do contrato, designadamente, as negociações pré-contratuais (artigos 1112 a 1112-2), a proposta e a aceitação (artigos 1113 a 1122), o pacto de preferência e a promessa unilateral (artigos 1123 e s.) e, finalmente, a celebração de contratos por via electrónica (artigos 1125 a 1127-6).

## B. Breve nota quanto regime do incumprimento contratual antes da reforma

Na versão pré-reforma do Código, as normas relativas ao incumprimento contratual encontravam-se dispersas no título III (*Des contrats ou des obligations conventionnelles en general*), do livro III (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*) (artigos 720 a 2287).

<sup>130</sup> Veja-se, em especial quanto ao artigo 1171 que determina que [d]ans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties u contrat este réputée non écrite, SIGNAT, Carine, “Le dispositif de protection contre les clauses abusives: regards croisés franco-allemands”; BÜYÜKSAGIS, Erdem, “L'article 1171 du code civil français à la lumière du dispositif turc de protection contre les clauses abusives”, e CALLEROS, Charles R., “U.S. Unconscionability and article 1171 of the reformed french civil code”, todos da *Revue internationale de droit comparé*, n.º 4, 2016, p. 863 a 881, p. 884 a 890 e p. 891 a 905.

<sup>131</sup> “Une philosophie... *cit.*, p. 7 e s.

<sup>132</sup> Veja-se quanto à indiferença do CC de 1804 quanto ao período pré-contratual, DUPICHOT, Philippe, “Regards ... *cit.*, p. 32 e s.

<sup>133</sup> O instituto da alteração das circunstâncias é recebido na subsecção 1, dedicada à *força obrigatória dos contratos* (dentro da secção I, dedicada aos efeitos dos contratos entre as partes). A França, como refere o *Rapport au Président de la République, relatif à l'ordonnance n.º 2016-131* (<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>), foi um dos últimos países europeus a receber o instituto – recorde-se que na Alemanha este apenas foi recebido no BGB (§313) com a reforma do Direito das Obrigações de 2002.

Assim, no capítulo III, *De l'effet des obligations*, na secção 3 *De l'obligation de faire ou de ne pas faire* (artigos 1142 a 1145), regulava-se o direito à indemnização do credor por incumprimento, bem como a faculdade de obter o cumprimento forçado às custas do devedor. Na secção 4, *Des dommages et intérêts résultants de l'inexécution de l'obligation* (artigos 1146 a 1155), previa-se o direito do credor a ser indemnizado em caso de mora ou incumprimento definitivo do devedor. Finalmente, no capítulo IV, *Des diverses espèces d'obligations*, na secção 1 *Des obligations conditionnelles*, parágrafo 3, *De la condition résolutoire*, encontrava-se prevista a faculdade de pôr termo ao contrato, em caso de incumprimento, e de obter a respectiva execução forçada (artigos 1183 e s.).

### **C. O regime do incumprimento contratual depois da reforma**

O regime do incumprimento de 1804 foi objecto de diferentes críticas, por parte da doutrina e jurisprudência. De entre os aspectos apontados são de salientar a respectiva dispersão ao longo do Código, a desadequação da organização sistemática do mesmo (assim, a resolução por incumprimento que se encontrava regulada no artigo respeitante à cláusula resolutiva) e, finalmente, a omissão de regulação de institutos relevantes como, por ex., a excepção de não cumprimento.

A *Ordonnance* de 2016-131 surge em resposta a tais críticas, promovendo em grande medida uma re-organização do Direito das Obrigações (ver Nota Introdutória *supra*, quanto à nova estrutura do livro III do CC), em especial no que concerne ao incumprimento, reagrupando numa secção (secção V) o regime jurídico dos diferentes remédios contratuais.

O modelo recebido é próximo daquele que encontramos nos Princípios Unidroit e nos PDEC. A lógica adoptada, no que ao incumprimento concerne, é por isso agora centrada nos instrumentos colocados ao dispor da parte adimplente em caso de incumprimento, independentemente do tipo de incumprimento ou de obrigação incumprida. A secção V assim, no artigo 1217, com o enunciado dos cinco instrumentos a que o credor pode recorrer em caso de incumprimento contratual: excepção de não cumprimento; execução forçada em natureza da obrigação; redução do preço; resolução do contrato; indemnização pelos danos decorrentes do incumprimento<sup>134</sup>.

<sup>134</sup> Dispõe o artigo 1217: *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut: - refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation; - poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation; - solliciter une réduction du prix; - provoquer la résolution du contrat; - demander réparation des*

## 1. As sanções previstas

## 1.1. A exceção de não cumprimento (artigos 1219 e s.)

O regime da exceção de não cumprimento encontra-se plasmado nos artigos 1219 e 1220, o primeiro regulando-a na sua modalidade dita clássica – mas desta feita, prevendo a respectiva aplicação geral, o que não sucedia no Código de 1804, e o segundo acolhendo a exceção antecipada com fundamento no receio de incumprimento da contraparte<sup>135</sup>.

A admissibilidade de exercício da exceção antes do vencimento da obrigação da contraparte (*exceptio timoris*) consubstancia uma inovação, claramente produto da influência de instrumentos europeus, designadamente dos PDEC (artigo 9:201(2), *Right to withhold performance*<sup>136</sup>), que prevê o exercício desta faculdade quando seja manifesto o incumprimento (futuro) da contraparte na data de vencimento da respectiva obrigação.

A exceção de não cumprimento antecipada exige, para além da gravidade do incumprimento – pressuposto necessário para o exercício da exceção nos termos do artigo 1219 – e do carácter manifesto do incumprimento futuro, a notificação da contraparte, no prazo mais curto possível, da suspensão da execução<sup>137</sup>.

Procura-se, com a recepção desta figura reduzir os prejuízos decorrentes do incumprimento e, simultaneamente, pressionar a contraparte ao cumprimento.

*conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.*

<sup>135</sup> Os artigos 1219 e 1220 dispõem como segue: *Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave*; e *Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais.*

<sup>136</sup> Dispõe o artigo 9:201: *(1) A party who is to perform simultaneously with or after the other party may withhold 461 performance until the other has tendered performance or has performed. The first party may withhold the whole of its performance or a part of it as may be reasonable in the circumstances. (2) A party may similarly withhold performance for as long as it is clear that there will be a non-performance by the other party when the other party's performance becomes due.* Os Princípios Unidroit não prevêm a faculdade de recurso antecipado à exceção de não cumprimento, apenas o seu exercício regular (v. art. 7.1.3).

<sup>137</sup> Criticando a ausência de esclarecimento do texto legal quanto ao conteúdo da notificação e o momento de realização desta, v. BÉNABENT, Alain, “Les nouveaux mécanismes”, *Revue des Contrats, Réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, Abril 2016, hors-série, Lextenso, p. 19.

## 1.2. A execução coerciva do contrato (artigos 1221 e s.)

Os artigos 1221 e 1222 prevêm a faculdade de o credor<sup>138</sup>, encontrando-se o devedor em mora, recorrer à execução coerciva da prestação<sup>139/140</sup>.

Esta faculdade encontra-se vedada nos casos de impossibilidade – material, jurídica ou moral – e quando exista uma desproporção manifesta entre o custo da execução para o devedor e o interesse do credor. Enquanto que a primeira hipótese traduz apenas a recepção de jurisprudência assente, a segunda resulta da influência de projectos europeus de harmonização do Direito dos Contratos<sup>141</sup>. O afastamento deste instrumento em caso de manifesta desproporção entre o custo do cumprimento, para uma das partes, e o interesse da outra naquele, demonstra uma clara preferência, nestes casos, pela atribuição de uma indemnização, em detrimento do cumprimento em natureza.

O artigo 1221 levanta algumas questões, desde logo, a de saber se é susceptível de afastamento por via convencional. Por outro lado, não esclarece quanto aos termos em que deve ser apreciada a desproporção entre o *custo* da execução para o devedor e o *interesse* do credor, designadamente, se se deve atender ao interesse objectivo ou subjectivo do credor, ou, ainda, se a situação patrimonial do devedor deve de alguma forma relevar no juízo a realizar<sup>142</sup>.

A regra, inovadora face ao regime anterior, enunciada no artigo 1222, é de que a execução coerciva da prestação não depende de intervenção judicial.

<sup>138</sup> Trata-se aqui de qualquer credor, na medida em que a lei não limita o âmbito de aplicação da disposição. Abrange, portanto, as promessas unilaterais de contratar, contrariando assim a orientação da jurisprudência da *Cour de Cassation* (v. AYNÈS, Laurent, “Les sanctions de l’inexécution du contrat”, *Revue des Contrats, Réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, Abril 2016, hors-série, Lextenso, p. 42).

<sup>139</sup> Veja-se, quanto a esta faculdade, AYNÈS, Laurent, “Les sanctions...cit.,” p. 42.

<sup>140</sup> Dispõem os artigos 1221 e 1222 como segue: *Le créancier d’une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l’exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s’il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier; e Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l’obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction.*

<sup>141</sup> Veja-se, designadamente, a alínea b) do (2) do artigo 9:102 dos PDEC: (1) *The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money, including the remedying of a defective performance.* (2) *Specific performance cannot, however, be obtained where: (a) performance would be unlawful or impossible; or (b) performance would cause the obligor unreasonable effort or expense; (...).*

<sup>142</sup> Aynès, por exemplo, refere ainda que o artigo 1221 poderia ter adoptado uma redação mais aberta, de forma a permitir, consoante o caso, a integração na apreciação da questão de outros elementos, como por exemplo a existência de dolo do devedor no incumprimento, a possibilidade de recurso a outros remédios, entre outros (“Les sanctions...cit.,” p. 42).

O credor pode pois fazer executar a prestação por terceiro. A regra da extrajudicialidade é afastada nos casos em que o cumprimento da prestação se traduza num acto de *destruição* do que foi realizado em violação da obrigação. Nestes casos, o legislador, adoptando uma solução criticada por parte da doutrina, optou por fazer depender o acto do credor de autorização judicial prévia<sup>143</sup>.

No que às despesas relacionadas com a execução da obrigação concerne, prevê-se, em alternativa, o pedido judicial do pagamento pelo devedor das despesas a realizar ou o pedido de reembolso das despesas já realizadas ao devedor.

### 1.3. Redução do preço (artigo 1223)

O artigo 1223 prevê a possibilidade de o credor, depois de ter colocado o devedor em mora, através de interpelação para o cumprimento pontual da obrigação, aceitar um cumprimento desconforme com o acordado, mediante uma redução do preço<sup>144</sup>. Trata-se, aqui também, da recepção de uma solução que encontramos, entre outros, nos PDEC (artigo 9:401<sup>145</sup>). Nos casos em que o credor ainda não tenha pago o preço, deve notificar o devedor da sua intenção de proceder à respectiva redução; caso já o tenha feito, deve solicitar o reembolso da parte relevante.

A redação da disposição levanta algumas questões, para as quais a doutrina já chamou a atenção. Assim, por exemplo, nos casos em que o pagamento já foi realizado não é claro a quem é que o credor deve solicitar o reembolso, se ao devedor, directamente, ou se, pelo contrário, deve fazê-lo por via judicial. Por outro lado, nos casos em que o pagamento ainda não foi realizado, não parece evidente que o credor possa, unilateralmente, alterar o preço contratual, impondo a modificação ao devedor, sem mais<sup>146/147</sup>.

<sup>143</sup> Assim, L. Aynès criticando a adopção de uma solução diferenciada (“Les sanctions...*cit.*”, p. 41).

<sup>144</sup> Dispõe o artigo 1223: *Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S’il n’a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais.*

<sup>145</sup> Dispõe o artigo 9:401: (1) *A party who accepts a tender of performance not conforming to the contract may 490 reduce the price. This reduction shall be proportionate to the decrease in the value of the performance at the time this was tendered compared to the value which a conforming tender would have had at that time. (2) A party who is entitled to reduce the price under the preceding paragraph and who 491 has already paid a sum exceeding the reduced price may recover the excess from the other party. (3) A party who reduces the price cannot also recover damages for reduction in the value of the performance but remains entitled to damages for any further loss it has suffered so far as these are recoverable under Section 5 of this Chapter.*

<sup>146</sup> Assim, AYNÈS, Laurent, “Les sanctions...*cit.*”, p. 41.

<sup>147</sup> Quanto às questões suscitadas por este mecanismo, v. BÉNABENT, Alain, “Les nouveaux...*cit.*”, p. 19 e s.

#### 1.4. A resolução do contrato (artigos 1224 a 1230)

Os artigos 1224 a 1230 definem o regime da resolução, distinguindo três modalidades: a resolução resultante da aplicação de uma cláusula resolutiva (ou resolução convencional); a resolução unilateral, com fundamento em incumprimento grave; e a resolução judicial (artigo 1224<sup>148</sup>).

Uma das alterações introduzidas consistiu na consagração legal de uma faculdade de resolução do contrato por simples notificação à contraparte, dispensando a intervenção – anteriormente necessária – do tribunal. A intervenção do tribunal depende agora apenas da vontade das partes<sup>149</sup>.

Trata-se do acolhimento, no Código, da jurisprudência decorrente do *Arrêt Tocqueville*, de 13.10.98, da *Cour de cassation*<sup>150</sup>, nos termos da qual o *comportamento grave* da contraparte, aferido com base em diferentes critérios, entre os quais a «extensão» do incumprimento e as hipóteses de *sobrevivência* do contrato àquele, passou a constituir fundamento bastante para o exercício extrajudicial da resolução<sup>151</sup>. O legislador optou assim, por acolher esta jurisprudência, afastando a corrente minoritária que subsistia e, nos termos da qual, apenas a *urgência* tornaria admissível o exercício extrajudicial da resolução<sup>152</sup>. Como contraponto do reconhecimento desta faculdade de resolução de exercício

<sup>148</sup> Dispõe o artigo 1224: *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.*

<sup>149</sup> Isto porque, nos termos do artigo 1227, a resolução pode, em qualquer caso, ser sempre requerida judicialmente: *La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice.*

<sup>150</sup> *Arrêt Tocqueville*, processo n.º 96-21.485, publicado no *Bulletin civil* 1998, I, n.º 300, p. 207, igualmente disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>151</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a questão do reconhecimento de um direito de resolução extrajudicial na ordem jurídica francesa, veja-se o dossier sobre esta matéria, com contribuições de DELEBECQUE, P., AYNÈS, L., e STOFFEL-MUNCK, P., intitulado “Rupture Unilatérale du Contrat: vers un Nouveau Pouvoir”, *Droit et Patrimoine*, n.º. 126, Maio 2004, p. 55 e ss; LABORDERIE, A-S, *La Pérennité Contractuelle*, L.G.D.J., 2005, p. 424 e ss.; MAZEAUD, D., “Rupture unilatérale du contrat: la Cour de cassation veille au grain...”, *Revue des Contrats*, n.º 2, 1 de Abril de 2004, p. 275 e ss.; AYNÈS, L., “Le droit de rompre unilatéralement le contrat: principe, limites”, *Revue des Contrats*, n.º 2, Abril de 2004, p. 273 e ss.; PANCAZI-TIAN, M.E., *La protection judiciaire du lien contractuel*, P.U.A.M., 1996, p. 253 e ss.; e GRIDEL, J-P., e LAITHIER, Y-M., “Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur: état des lieux”, *La Semaine Juridique. Édition Générale*, n.º 21, 21 de Maio de 2008, I, pontos 42 e ss.

<sup>152</sup> V. a decisão da segunda câmara comercial de Nancy, de 20.11.2000: (...) *même en cas de manquement grave à l'exécution des obligations de son cocontractant, une partie ne peut être admise à rompre unilatéralement un contrat, avant d'avoir obtenu une décision de justice, que si elle établit que l'urgence imposait la résolution immédiate des relations contractuelles* (apud JAMIN, C., «L'émergence contestée d'un principe de résolution unilatérale du contrat», *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n.º 29, 17 de Junho de 2002).

extrajudicial, foi introduzida sob a forma de previsão expressa, no artigo 1226, a faculdade de o devedor impugnar a resolução judicialmente, cabendo ao juiz a apreciação da licitude desta e ao credor a prova da *gravidade do incumprimento*<sup>153</sup>. No que os poderes do juiz concerne, prevê o artigo 1228 que este pode, em alternativa, constatar a resolução – nos casos em que intervenha *a posteriori*, isto é, depois de ter sido notificada a resolução unilateralmente ou depois de accionada uma cláusula resolutiva, para aferir da licitude do exercício do direito –, decretar a resolução – quando esta não tenha ainda sido declarada –, determinar a execução ou seja a manutenção do contrato (podendo aqui conceder um prazo adicional ao devedor para o cumprimento) ou, finalmente, decidir pela mera aplicação de uma indemnização – por exemplo, nos casos em que o incumprimento não tenha sido suficientemente grave<sup>154</sup>.

Os artigos 1229 e 1230 determinam os efeitos da resolução, bem como o momento da respectiva produção<sup>155</sup>.

O momento da produção de efeitos variará consoante a modalidade em causa, podendo ocorrer nos termos do previsto na cláusula que estipula a condição resolutiva, na data de recepção da notificação da resolução ou na data determinada judicialmente – prevendo-se que, na ausência de especificação, será na data de citação da contraparte (*assignation en justice*).

O primeiro efeito da resolução traduz-se na extinção do contrato, salvaguardando o artigo 1230 as obrigações que devam sobreviver a tal destruição. O segundo efeito consiste no surgimento de uma (ou mais) obrigação de resti-

<sup>153</sup> Dispõe o artigo 1226: *Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution.*

<sup>154</sup> Dispõe o art.: 1228: *Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts.*

<sup>155</sup> Dispõem os artigos 1229 e 1230: *La résolution met fin au contrat. La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice. Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation. Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9; artigo 1230: *La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence.**



tuição daquilo que tenha sido prestado, nos termos do disposto nos artigos 1352 a 1352-9. A obrigação de restituição é contudo afastada [lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie]. Tratar-se-á pois, em regra, dos contratos de execução duradoura, muito embora o legislador tenha optado por não recorrer a este critério para delimitação das situações em que há lugar à restituição. Nestes casos, a resolução passará a designar-se por *résiliation*. A *résiliation* passa assim, por efeito do disposto no artigo 1229, a integrar a figura mais ampla da resolução, como modalidade em que não há lugar à restituição das prestações realizadas.

Finalmente, no que ao regime da resolução agora consagrado diz respeito, importa ainda, reconhecendo as inovações introduzidas, notar o recuo do legislador face ao teor de algumas propostas apresentadas no âmbito da discussão que conduziu à reforma, designadamente a opção por este tomada de não receber a hipótese de resolução antecipada do contrato, com fundamento em receio de incumprimento, ao contrário do que se verificou com o instituto da exceção de não cumprimento.

### 1.5. Indemnização (artigos 1231-1 a 1231-7)

A reforma foi, para alguma doutrina, uma oportunidade perdida no que concerne ao regime da indemnização. Laurent Aynès refere-se mesmo a uma *absence de réforme du régime legal des dommages-intérêts* que, atendendo à relevância prática do remédio, consubstancia uma falha imensa na reforma ao regime do incumprimento<sup>156</sup>. Aynès salienta, em particular, a oportunidade perdida quanto à introdução de maior detalhe nos métodos de avaliação do prejuízo, à relação entre a responsabilidade contratual e extra-contratual, designadamente nos casos em que um terceiro pretenda “usar” o incumprimento para acionar, extra-contratualmente, o devedor.

Ainda, no que ao regime da cláusula penal concerne (artigo 1231-5)<sup>157</sup>, aponta-se a ausência de definição da figura, bem como de indicação dos cri-

<sup>156</sup> Assim, AYNÈS, Laurent, “Les sanctions...cit., p. 40 e s.

<sup>157</sup> Dispõe o artigo 1231-5: *Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite. Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure.*

térios que devem auxiliar o tribunal na apreciação da natureza *manifestamente excessiva* do montante convencionado<sup>158</sup>.

### 1.6. Nota quanto à *résiliation unilatérale* (artigos 1211)

Importa aqui salientar a recepção no Código, no artigo 1211, de forma expressa, de uma norma que atribui às partes, nos contratos de duração indeterminada, uma faculdade de denúncia (*résiliation unilatérale*)<sup>159</sup>. Trata-se de uma faculdade de exercício não vinculado, que surge como corolário necessário da proibição de vinculações perpétuas (prevista no artigo anterior, artigo 1210<sup>160</sup>), dependente apenas do respeito, pelo declarante, do pré-aviso contratualmente previsto para ou efeito ou, na ausência deste, de um pré-aviso razoável.

Na ausência de previsão legal expressa quanto às consequências de não cumprimento do pré-aviso, dir-se-á, atendendo ao disposto no artigo 1210, que o contrato, não obstante, cessa, por efeito da denúncia, tendo todavia a contraparte o direito a ser compensada pelos danos que daí resultem.

## 2. A escolha da sanção

Ao enunciar no artigo 1217 as sanções disponibilizadas ao credor ou no regime de cada uma delas, o CC não estabelece uma hierarquia ou uma relação de subsidiariedade entre remédios. Assim, por exemplo, a resolução do contrato não se encontra dependente de uma verificação prévia da possibilidade de recurso à exceção de não cumprimento. O credor pode, verificados que se encontrem os pressupostos de exercício de cada um dos remédios, recorrer àquele que considere mais adequado.

Este princípio de liberdade na escolha dos remédios encontra um limite no artigo 1217 na parte em que se estabelece que *[l]es sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées*. Acrescenta ainda o artigo 1217 *in fine* que a

<sup>158</sup> Aynès refere a insuficiência clara do critério do dano reparável, a que tradicionalmente se recorre, atendendo a que, consoante a finalidade prosseguida com a estipulação de uma cláusula penal, pode ser legítima a definição de um montante superior ao do prejuízo causado com o incumprimento (“Les sanctions...*cit.*”, p. 41).

<sup>159</sup> Dispõe o artigo 1211: *Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable*.

<sup>160</sup> Dispõe o artigo 1210: *Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée*.

indenização é cumulável com qualquer outro remédio, sem todavia esclarecer se a medida daquela varia consoante o remédio com o qual é cumulada, designadamente se, em caso de resolução do contrato, se deve atender ao interesse contratual positivo ou negativo. A compatibilidade entre sanções, refere Aynès, dependerá em grande medida do momento em que estas são aplicadas, podendo igualmente o risco de enriquecimento sem causa limitar a cumulação<sup>161</sup>.

Para além das restrições legais na escolha dos remédios aplicáveis, pode ainda o credor encontrar-se limitado por limites convencionais, designadamente, através da limitação (por exemplo, estabelecendo um limiar máximo para a redução do preço) ou exclusão do exercício de uma sanção (por exemplo, exclusão da faculdade de redução de preço). Quanto à exclusão de remédios, entende a doutrina não ser admissível a estipulação que afaste a possibilidade de exercício pelo credor de qualquer remédio, na medida em que tal se traduziria num afastamento ou enfraquecimento da força vinculativa do contrato. A exclusão da faculdade de obter o cumprimento coercivo da obrigação é encarada também como questionável<sup>162</sup>.

### 3. O exercício do remédio

No que ao exercício do remédio concerne, importa salientar dois aspectos: por um lado a necessidade de, para o efeito e com a ressalva da exceção de não cumprimento, o devedor se encontrar em mora (v. artigos 1221, 1222, 1223, 1225, 1226, 1231, 1231-5 e 1231-6). Pretende-se, desta forma, favorecer o cumprimento voluntário da prestação, razão pela qual o credor deve, nos termos dos artigos 1225 e 1226, comunicar ao devedor o risco de resolução do contrato, ou conceder um prazo adicional para o cumprimento (v. arts, 1226 e 1231). Por outro lado, prevê-se, em alguns casos, a necessidade de proceder à notificação do devedor da decisão que o credor tomou (artigos 1220, 1223 e 1226).

### §3. O Direito espanhol

Em Espanha foram iniciados trabalhos com a finalidade de modernizar o Código de Comércio, de 1885, e o Código Civil, de 1889<sup>163</sup>, tendo, em resul-

<sup>161</sup> Assim, AYNÈS, Laurent, “Les sanctions...*cit.*”, p. 43.

<sup>162</sup> Assim, AYNÈS, Laurent, “Les sanctions ...*cit.*”, p. 43.

<sup>163</sup> Veja-se, para uma visão sumaríssima da génese do CC espanhol na parte relativa ao Direito das Obrigações e dos Contratos e o enquadramento da Proposta civil de 2009, DÍEZ-PICAZO, Luis,

tado, sido publicadas quatro propostas, a *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa*, em 2005<sup>164</sup>, a *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre Contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad*, em 2006<sup>165</sup>, a *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, em 2009<sup>166</sup>, e a *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, em 2013<sup>167/168</sup>.

Muito embora as propostas tenham sido objecto de produção e discussão doutrinal substancial, o processo de reforma parece encontrar-se, até à data, suspenso.

A análise da reforma em curso cingir-se-á ao regime do incumprimento em geral, razão pela qual não será abordada a proposta que versa sobre o Código de Comércio, bem como a proposta referente ao regime do contrato de compra e venda. A *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos* será o principal objecto de estudo.

## A. Nota introdutória

### 1. A génese da proposta; influências. Sistematização proposta

A longa exposição de motivos da proposta de reforma do Direito das Obrigações e dos Contratos começa por justificá-la, enquadrando-a, por um lado, no conjunto de instrumentos de regulação internacional que foram surgindo nas últimas décadas, referindo desde logo a Convenção de Viena, os Princípios Unidroit e os PDEC. Refere ainda, por outro lado, as Directivas comunitá-

“La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos (una presentación)”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, ano LXV, n.º 2130, abril de 2011.

<sup>164</sup> Disponível em *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Maio de 2005, n.º 1988, p. 108 a 124.

<sup>165</sup> Disponível em *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, IX, 1 de Fevereiro de 2006, n.º 2006, p. 605 a 618.

<sup>166</sup> Disponível em *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, IXiii, Janeiro de 2009, suplemento.

<sup>167</sup> Disponível em [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427175041?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Descargas&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta\\_de\\_Codigo\\_Mercantil\\_elaborada\\_por\\_la\\_Seccion\\_de\\_Derecho\\_Mercantil\\_de\\_la\\_Comision\\_General\\_PDF&blobheadervalue2=1288789432547](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427175041?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Descargas&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_de_Codigo_Mercantil_elaborada_por_la_Seccion_de_Derecho_Mercantil_de_la_Comision_General_PDF&blobheadervalue2=1288789432547).

<sup>168</sup> Refira-se ainda a proposta de código civil em elaboração pela Associação de Professores de Direito Civil, disponível em <http://www.derechocivil.net/esp/libros.php>. Veja-se ainda, quanto a esta, “Proposition pour un nouveau code civil espagnol”, PARRA, María-Ángeles, *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 4, 2016, p. 1019 a 1021

rias dirigidas aos contratos de consumo que promoveram, em termos amplos, uma aproximação entre ordens jurídicas de *common* e *civil law* e, dentro destas últimas, entre aquelas que se encontravam no círculo de influência do Direito francês e as mais próximas do Direito alemão. Desta produção normativa, conclui-se, surgiu uma necessidade de ajustamento das ordens jurídicas nacionais traduzida nas reformas do Código Civil alemão de 2002, por um lado e, por outro, do Código Civil francês de 2016.

A proposta de reforma do Direito espanhol das Obrigações e dos Contratos é pois apresentada como um instrumento de *aproximação* às demais ordens jurídicas europeias de forma, designadamente, a facilitar o comércio internacional, por um lado e, por outro, como parte de um caminho para uma unificação do *Direito Europeu dos Contratos*. Trata-se de um texto, por isso, influenciado tanto pela Convenção de Viena, como pelos Princípios Unidroit e pelos PDEC. Já o QCR parece não ter tido uma influência significativa, muito embora a proposta pareça se lhe reportar quando faz referência a um *Direito Europeu dos Contratos*<sup>169/170</sup>.

Surge ainda como factor impulsionador da reforma o desenvolvimento económico aliado a uma *simplificação* do processo de formação do contrato.

No que à estrutura do Código diz respeito, a proposta mantém a macro-estrutura existente do Livro IV, *De las obligaciones y contratos* (título I, *De las obligaciones* e título II, *De los contratos*), alterando significativamente a organização interna de cada um dos títulos.

Interessa-nos aqui em especial o título II, na medida em que é no capítulo VII deste que se encontra o regime do incumprimento, nos artigos 1188 a 1212.

O título II encontra-se estruturado como segue:

- Capítulo I: Disposiciones generales
- Capítulo II: De las diferentes clases de obligaciones (de dar; genéricas; pecunias; alternativas; condicionales; a plazo)
- Capítulo III: De las obligaciones mancomunadas y solidarias
- Capítulo IV: De las cláusulas penales
- Capítulo V: Del cumplimiento de las obligaciones
- Capítulo VI: De la compensación
- Capítulo VII: Del incumplimiento

<sup>169</sup> Assim, PICÓN, Nieves Fenoy, “La modernización del régimen del cumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento”, *Anuario de Derecho Civil*, LVIII, 2010, 1, p. 54 e s.

<sup>170</sup> Veja-se ainda, quanto às origens e factores na base da Proposta Civil, DÍEZ-PICAZO, Luis, “La propuesta...*cit.*”

- Capítulo VIII: De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato
- Capítulo IX: De la cesión de créditos
- Capítulo X: De la asunción de deuda
- Capítulo XI: De la delegación
- Capítulo XII: De la cesión de la posición contractual
- Capítulo XIII: De la novación
- Capítulo XIV: De la remisión
- Capítulo XV: De la confusión.

## 2. Notas gerais a propósito das alterações propostas ao regime do incumprimento

### 2.1. O fim anunciado do princípio *favor debitoris*

No que ao incumprimento concerne surge, na exposição de motivos, como linha orientadora a rejeição do princípio *favor debitoris*, em benefício de uma dinamização da economia. Esta orientação traduz-se, em concreto nos seguintes aspectos regimentais:

- (i) A ausência de culpa, por si só, não exonera o devedor da respectiva obrigação; tal dependerá da verificação cumulativa de *justas causas* de exoneração;
- (ii) O direito ao cumprimento do credor mantem-se, excepto se a prestação se tiver impossibilitado ou tornado *especialmente* onerosa; e
- (iii) O credor tem, em caso de incumprimento essencial – pelo menos –, a faculdade de resolver o contrato, libertando-se deste.

### 2.2. A organização sistemática no tratamento do incumprimento

A estrutura adoptada quanto ao regime do incumprimento é radicalmente diversa da constante do CC vigente – que, em rigor, não contém uma regulação sistemática do incumprimento –, sendo em grande medida, decalcada dos Princípios Unidroit e dos PDEC.

Assim, o capítulo VII começa, na secção 1, por definir o incumprimento (artigo 1188) e identificar os remédios ao dispor do credor (artigo 1190), para, nas secções 2 a 5, regular cada um destes. O incumprimento coloca ao dispor do credor, os seguintes remédios, verificados que se encontrem os pressupostos de cada um:

- (i) Direito ao cumprimento (*De la acción de cumplimiento*, artigos 1192 a 1196);
- (ii) Direito à redução do preço (*De la reducción del precio*, artigos 1197, 1198);
- (iii) Direito à resolução (*De la resolución por incumplimiento*, artigos 1199 a 1204); e
- (iv) Direito a indemnização (*De la indemnización de daños y perjuicios*, artigos 1205 a 1212).

### 2.3. O incumprimento enquanto instituto

Adicionalmente, e muito embora se mantenham variações no regime do incumprimento, consoante o remédio aplicável (acção de cumprimento, resolução, indemnização), é introduzido um conceito geral de incumprimento. Por contraponto com o CC em vigor, a proposta apresenta uma definição de incumprimento no artigo 1188, I: *[h]ay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten.*

## **B. Propostas para um novo regime do incumprimento**

### 1. O novo conceito de incumprimento

#### 1.1. Um conceito unitário de incumprimento

A proposta opta por introduzir, na linha dos Princípios Unidroit e dos PDEC, um conceito unitário, abrangente, de incumprimento, que engloba qualquer não cumprimento exacto de prestação – principal ou não – emergente, directa ou indirectamente, da relação obrigacional. Inclui-se assim na figura também o incumprimento de deveres emergentes da lei.

A ausência de referência expressa no artigo 1188 às formas de não realização da prestação insitas no instituto do incumprimento, ao contrário, por exemplo, do que sucede nos Princípios Unidroit (7.1.1.<sup>171</sup>) ou nos PDEC (1.301(4)<sup>172</sup>),

<sup>171</sup> Dispõe o 7.1.1. dos Princípios Unidroit: *Non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance.*

<sup>172</sup> Dispõe o 1.301(4) dos PDEC: *(4) 'non-performance' denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract.*

permite enquadrar na figura tanto a mora (ou *cumplimiento retrasado*), como o cumprimento defeituoso (ou *no conformidad de la prestación*) e ainda a impossibilidade superveniente não imputável ao devedor.

Note-se que a proposta não reserva um regime especial para a mora, remetendo para o incumprimento, em geral.

## 1.2. Um conceito (tendencialmente) objectivo de incumprimento

O preenchimento do conceito de incumprimento, tal qual definido no artigo 1188, é independente da verificação de culpa do devedor.

Trata-se de uma alteração relevantíssima face ao regime que se encontra em vigor, o qual estabelece uma distinção clara entre a impossibilidade superveniente não imputável ao devedor e o incumprimento resultante de comportamento culposo do devedor, visível, designadamente no artigo 1568<sup>173</sup>.

A irrelevância da imputação subjectiva para efeitos de caracterização de uma situação de não realização da prestação acordada como incumprimento não significa que os remédios disponibilizados ao credor, designadamente o direito à indemnização e o direito ao cumprimento, não variem consoante exista ou não uma *justa causa* de não cumprimento.

O conceito de *justa causa* é densificado nos artigos 1192 e 1209 a propósito do direito ao cumprimento e do direito à indemnização, respectivamente.

O direito à indemnização (artigos 1205 a 1212) depende da verificação de um conjunto de pressupostos negativos. Assim, o direito é excluído, designadamente, quando o incumprimento tenha resultado de um evento alheio à vontade do devedor e fora do seu controlo e quando, de acordo com o contrato e as regras da boa fé e os usos, o devedor não tinha o dever de prever o mencionado impedimento, evitá-lo ou de superar as suas consequências (artigo 1209<sup>174</sup>).

<sup>173</sup> Dispõe o artigo 1568: *Si se pierde la cosa arrendada o alguno de los contratantes falta al cumplimiento de lo estipulado, se observará respectivamente lo dispuesto en los artículos 1.182 y 1.183 y en los 1.101 y 1.124.*

<sup>174</sup> Dispõe o artigo 1209: *No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes: 1.º Que el impedimento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control. 2.º Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento. El deudor que conozca la concurrencia de un hecho o circunstancia que impida cumplir la prestación deberá sin demora ponerlo en conocimiento de la otra parte y será responsable de los daños causados por no hacerlo. Lo dispuesto en este artículo no impide al acreedor el ejercicio de cualquier*



No que concerne ao direito ao cumprimento da prestação, este não é excluído em caso de impossibilidade não culposa sem mais, como sucede nos PDEC (artigo 8:101 (2)). O direito ao cumprimento, para obrigações não pecuniárias, depende da verificação dos pressupostos enumerados no artigo 1192<sup>175</sup>, assim, designadamente, de a prestação ser possível (jurídica e naturalmente), a respectiva realização não ser excessivamente onerosa para o devedor ou contrária à boa fé e não se tratar de uma prestação subjectivamente infungível. Caso a prestação seja pecuniária o direito ao cumprimento mantém-se. Finalmente refira-se que, em todo o caso, o credor poderá exercer outros remédios previstos na lei (v. artigo 1209, IV), designadamente o direito a resolver o contrato ou a reduzir o preço.

A justa causa, muito embora não se confunda com a *culpa* não é um conceito inteiramente objectivo, donde, se dirá que o regime de responsabilidade proposto muito embora não assente na culpa, não é totalmente objectivo.

### 1.3. A impossibilidade de invocar o incumprimento pela parte que o provocou

O artigo 1188, II determina que *nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque*. Nos casos em que o incumprimento tenha sido causado exclusivamente por uma das partes, a aplicação do artigo 1188, II é automática; nos casos em que ambas as partes tenham sido concausas, deverá o aplicador do Direito, com base no artigo 1188, II, determinar qual o impacto que tal terá nos remédios de que cada uma dispõe.

## 2. A impossibilidade originária da prestação

As regras respectivas à impossibilidade originária não se encontram no título I do livro IV da proposta (*De las obligaciones*), mas já no título II (*De los contratos*).

A impossibilidade originária ou a ausência da faculdade de dispor do bem objecto do contrato não afecta, nos termos do disposto no artigo 1303, a vali-

*otro derecho distinto del de exigir indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder conforme a este Código* (ênfase nossa).

<sup>175</sup> Dispõe o artigo 1192: *El acreedor de una obligación dineraria tiene, en todo caso, el derecho a exigir el cumplimiento. En las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida a menos que: 1.º Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible. 2.º El cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosos para el deudor. 3.º La pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe. 4.º La prestación sea personal del deudor.*

dade do contrato<sup>176</sup>, adoptando desta forma uma posição inversa à que encontramos no CC vigente, nos termos do qual o contrato não pode ter por objecto uma coisa impossível (artigos 1261 e 1272)<sup>177/178</sup>.

### 3. Os remédios

#### 3.1. A acção/preensão de cumprimento (artigos 1192 a 1196)

Como já se mencionou (v. ponto 1.2., *supra*), o exercício do direito ao cumprimento, quando tenha por objecto uma obrigação pecuniária, não depende da verificação de quaisquer pressupostos, para além do incumprimento.

Nos demais casos, i.e., *obligaciones distintas de las de pagar dinero*, o direito depende da verificação dos seguintes pressupostos, elencados no artigo 1192:

- (i) Possibilidade (jurídica e natural) da prestação;
- (ii) A realização da prestação não ser excessivamente onerosa para o devedor ou contrária à boa fé; e
- (iii) A prestação não ser subjectivamente infungível.

O direito ao cumprimento, esclarece o art. 1193, engloba o direito à reparação ou rectificação de defeitos da prestação ou a respectiva substituição por outra conforme ao acordado.

<sup>176</sup> Dispõe o artigo 1303: No afecta a la validez del contrato *el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo* (ênfase nossa).

<sup>177</sup> A Proposta não contém uma norma semelhante ao artigo 1261 do Código que define o consentimento das partes, o objeto certo e a causa como pressupostos de existência de um contrato. Tal não significa que se prescinda do consentimento das partes e de uma causa lícita e conforme à moral (artigo 1238 da Proposta). Na realidade a alteração substancial, face aos pressupostos do Código vigente, prende-se com o objeto do contrato, na medida em que a falta de objeto (a sua impossibilidade) não gera, nos termos constantes da Proposta, a invalidade do contrato.

<sup>178</sup> Veja-se ainda o o artigo 1460 da Proposta, referente à impossibilidade originária no contrato de compra e venda: *la imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad de ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos*. O artigo 1460 trata a impossibilidade originária como um incumprimento, permitindo, por isso, ao credor, o exercício dos direitos reservados para reacção ao incumprimento. O exercício de cada um dependerá da verificação dos respectivos pressupostos. V. ainda, quanto a esta disposição, PICÓN, Nieves Fenoy, “La modernización ...*cit.*”, p. 116 e ss.

### 3.2. Direito à redução do preço (artigos 1197 e s.)

O direito à redução do preço surge como remédio para o cumprimento desconforme ao acordado, definindo a proposta um prazo de 6 meses, contado a partir do momento em que se recebeu a prestação, para o respectivo exercício.

### 3.3. O direito a resolver o contrato (artigos 1199 a 1204)

No que ao direito a resolver o contrato por incumprimento concerne, regulado nos artigos 1199 e ss., há que referir um conjunto de inovações face ao regime em vigor.

Desde logo, a Proposta distingue entre incumprimento essencial e mora ou falta de conformidade do prestado com o acordado.

No caso de *incumprimento essencial* – conceito que a Proposta não define, devendo, por esta razão, este ser preenchido com recurso à jurisprudência e ainda à Convenção de Viena, aos Princípios Unidroit e aos PDEC<sup>179</sup> – o credor pode pôr termo ao contrato mediante mera notificação à contraparte<sup>180</sup>.

Em caso de *mora ou falta de conformidade da prestação com o acordado*, o credor deve fixar um prazo razoável ao devedor, para que este cumpra ou sane a desconformidade, findo o qual poderá pôr termo ao contrato (artigo 1200, I).

Especialmente interessantes, por inovadoras, são as previsões II e III do artigo 1200. O parágrafo I prevê o exercício do direito de resolução em caso de risco *patente* de incumprimento, quando o devedor não cumpra nem preste garantias adequadas no prazo razoavelmente fixado para o efeito. Adicionalmente, o parágrafo III afasta a necessidade de fixação de prazo, nos termos previstos nos parágrafos I e II, sempre que o devedor tenha declarado que não cumprirá<sup>181</sup>.

<sup>179</sup> Sendo particularmente relevantes, os artigos 25, 7.3.1, n.º 2 e artigo 8:103, da Convenção de Viena, dos Princípios Unidroit e dos PDEC, respectivamente.

<sup>180</sup> Dispõe o artigo 1199: *Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad haya de considerarse como esencial. La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte.*

<sup>181</sup> Dispõe o artigo 1200: *En caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél hubiera fijado para ello, no cumpliere o subsanare la falta de conformidad. También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto. La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones.*

Os artigos 1202 a 1204 determinam os efeitos da resolução, ressaltando o seu carácter retroactivo, com as excepções previstas no artigo 1204 no campo dos contratos de execução duradoura (continuada ou reiterada).

#### 3.4. O direito a indemnização (artigos 1205 a 1212)

O elemento mais relevante na proposta, no que respeita ao direito à indemnização, como já se mencionou, é a ausência de referência à culpa como pressuposto do seu surgimento. Tal não significa que a culpa seja irrelevante na determinação do *quantum* indemnizatório. Nos termos do disposto no artigo 1208, nos casos de incumprimento não doloso, o devedor apenas responde pelos danos que tenham sido previstos ou pudessem ter sido razoavelmente previstos como consequência do incumprimento no momento da celebração do contrato.

A regra geral, afirmada no artigo 1205 é, em caso de incumprimento, o direito a ser indemnizado por danos e prejuízos causados pelo incumprimento, sendo este direito cumulável com quaisquer outras pretensões emergentes do incumprimento (artigo 1205, II). O direito é excluído, excepcionalmente, nos casos elencados no artigo 1209, i.e., quando:

- (i) O incumprimento tenha resultado de um evento alheio à vontade do devedor e fora do seu controlo; e
- (ii) De acordo com o contrato e as regras da boa fé e os usos, o devedor não tivesse o dever de prever o mencionado impedimento, evitá-lo ou de superar as suas consequências.

Importa ainda referir, a regra constante do artigo 1211 que acolhe a doutrina da *damage mitigation*, na medida em que limita o direito à indemnização, excluindo os danos que o credor tivesse podido reduzir ou evitar adoptando as medidas impostas pela boa fé.