

A HIPÓTESE DA DECLARAÇÃO (*LATO SENSU*) ANTECIPADA DE INCUMPRIMENTO POR PARTE DO DEVEDOR (*)

JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA (**)

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Como é sabido, se, em regra, o devedor não cumpre quando *omite*, no termo do prazo ou logo que interpelado, a conduta central a que estava obrigado (é paradigmática a figura da mora debitória), também ocorre, com alguma frequência e particularmente nos contratos de cumprimento não instantâneo ou que apresentam uma estrutura de formação progressiva (como é o caso do contrato-promessa), essa forma de possível “lesão contratual” traduzida tipicamente numa declaração do devedor anunciadora da sua recusa em vir a cumprir o acordo (por ex., um determinado cantor, alguns dias antes do concerto, faz saber à entidade organizadora que não irá actuar). Na verdade, para lá dos casos inequivocamente hipotizados pelo

(*) Cumprimos agora a promessa, feita em estudo anterior (ver *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral — A dualidade execução específica-resolução*, 1987, p. 90), de tratarmos de forma mais sistemática o problema das atitudes do devedor reveladoras de um projectado desejo de não cumprimento do contrato. E o momento escolhido não podia ser o melhor, aproveitando a feliz ocasião da merecida homenagem a um jurista brilhante, a um excelente pedagogo e a um orientador exemplar. A dívida do sentimento de gratidão que temos para com o Professor Doutor JORGE RIBEIRO DE FARIA tem por fonte vários momentos, dos quais destacamos o ter-nos aceite como seu assistente na cadeira de Direito das Obrigações no primeiro ano (ano lectivo de 1980-1981) em que prestámos serviço no Curso de Direito do Porto da Universidade Católica e a orientação prestada na preparação da nossa dissertação de doutoramento, defendida em 1997 na mesma Universidade Católica.

(**) Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica e da Faculdade de Economia do Porto.

legislador do Código Civil como de incumprimento definitivo e temporário imputáveis ao devedor, e em que as condutas factuais omissivas (e activas) valem por si, sendo elas mesmas o incumprimento, não é de excluir que o devedor, mesmo na presença de uma cláusula penal estritamente sancionatória, e numa fase em que o cumprimento, ou pelo menos o seu resultado, ainda não é de exigir, *declare* à sua contraparte que não tenciona cumprir ou que o não poderá fazer ⁽¹⁾. É, pois, o devedor que, espontânea e voluntariamente, manifesta, antes do termo do vencimento ⁽²⁾, esse propósito de “fuga” ao vínculo contratual. E esta é sem dúvida a hipótese dogmaticamente mais rica comparativamente às recusas ocorridas nas obrigações puras, no decurso do prazo razoável inerente a uma interpelação cominatória ou posteriormente à constituição em mora, na medida em que, se, no primeiro caso, o devedor pode tornar evidente a desnecessidade da interpelação ⁽³⁾, já nos dois últimos o sentido normal da declaração será o de reforçar a omissão de cumprimento ⁽⁴⁾. E o colocarmos ênfase nas *palavras* do devedor não significa esquecer que também a pura negação da obrigação contraída ou a prática de *actos* materiais ou jurídicos podem ser reveladores inequívocos do desejo de repudiar o compromisso assumido (pense-se, por ex., na alienação do bem prometido vender). Diga-se, ainda, *en passant*, que a “nossa” hipótese pode ser considerada como o reverso da atitude do devedor que declare querer cumprir *ante*

(1) Nesse caso é necessário que a impossibilidade não esteja conexcionada com eventos que nos remetam para a zona da repartição do risco contratual e que é delimitada, em geral, pelo regime não estanque dos artigos 795.º e 796.º Se for esse o caso, ou não sendo exigível o cumprimento, a atitude declarativa do devedor (que, por ex., preveja como certa a impossibilidade de cumprir atendendo à doença de que padece ou ao facto de uma greve impeditiva da chegada dos instrumentos musicais necessários à sua actuação) confunde-se com o cumprimento de um dever lateral fundado no princípio da boa fé.

(2) Havendo um prazo estabelecido exclusivamente a favor do credor, não é certamente de subsumir à hipótese que vamos trabalhar a recusa do devedor face ao pedido de cumprimento antecipado.

(3) Para a diferença da declaração, ver CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Recusa de cumprimento declarada antes do vencimento (Estudo de Direito Comparado e de Direito Civil Português)*, in Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, 1995, p. 307.

(4) HANS LESER, *Die Erfüllungswigerung — Ein Tip der Leistungsstörungen*, in Festschrift für RHEINSTEIN, 1969, 2. Band, p. 648, aplica directamente a anterior redacção do § 326 do BGB à recusa posterior à mora, fundando a dispensa da interpelação cominatória na sua inutilidade e não em qualquer renúncia do devedor.

diem ⁽⁵⁾ e equivale ao comportamento do credor que venha a declarar antecipadamente ao devedor que não irá receber a prestação ou colaborar com ele ⁽⁶⁾. Sendo certo que a declarada intenção de incumprimento presuppõe a existência de um contrato validamente celebrado, não é atraída para esta zona o caso de existir previamente uma vontade deliberada de não ser assumida uma das obrigações fundamentais do contrato (por ex., o comprador declara que quer comprar sem querer pagar o preço). Nesta reserva mental desconhecida da outra parte, como a obrigação do vendedor está interligada à obrigação do comprador, a ausência desse sinalagma genético leva-nos a propender para a nulidade ou mesmo para a inexistência de uma compra e venda por carência da declaração de vontade de um comprador ⁽⁷⁾.

O tema, sendo clássico, tem implicações práticas importantes se pensarmos na perturbação que os comportamentos descritos podem implicar nas relações contratuais conexas com aquelas em que o devedor manifestou o seu propósito de não vir a cumprir. E daí que juristas, como E. CONTINO ⁽⁸⁾, chamem a atenção para a necessidade dos credores “vigiar” a execução do acordo com o escopo de prevenirem uma possível situação comprometedora do fim contratual. Juridicamente, esse interesse prático reflecte-se, sobretudo, nos planos do *sentido* dos comportamentos (*maxime* atendendo à forma e ao conteúdo da comunicação do devedor) e da sua *eficácia* (para o devedor e o credor), tendo essencialmente em conta o momento da sua manifestação.

⁽⁵⁾ Sem o acordo do credor o devedor não pode cumprir antecipadamente se não gozar do benefício do prazo.

⁽⁶⁾ O credor pode ter um comportamento concludente (por ex., compra do bem referente a um aluguer ainda não cumprido) susceptível de preencher o fim da prestação, mas gerador de uma impossibilidade de cumprimento subsumível ao quadrante do artigo 795.º, n.º 2, do CC.

Nos casos mais típicos de recusa, U. NATOLI/L. GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, 1975, pp. 47 e ss., mesmo afirmando a natureza não vinculativa da posição creditória, entendem que o oferecimento posterior da prestação é inútil desde que a declaração tenha sido “séria e inequívoca”. Cfr., igualmente, U. HÜFFER, *Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln*, 1976, pp. 234-235, para essa necessidade de “certeza” na recusa do credor e a suficiência da mera oferta verbal prevista no § 295 do BGB.

⁽⁷⁾ Sobre a interessante hipótese, ver G. SICCHIERO, *L'inadempimento preordinato e causa di nullità del contratto*, in *Celm*, 2, 2000, pp. 613 e ss.

⁽⁸⁾ *Casi e questioni in materia di inadempimento prima del termine e possibili rimedi*, in *Qua*, n.º 2, 1988, p. 246.

Percorrendo a sistemática legal-geral do incumprimento imputável ao devedor chegamos à conclusão que deparamos com uma lacuna de previsão já que o legislador de 1966 omitiu qualquer referência à hipótese em causa, ao hipotizar apenas o incumprimento unilateral, ocorrido tipicamente num quadro de exigibilidade-vencimento da obrigação. Nem parece estarmos perante uma lacuna aparente na medida em que nada faz crer que o legislador, em função dos sinais de inequívocidade e explicitação da declaração do devedor, a quisesse valorar como facto *objectivo* de incumprimento (da ligação assumida) e, enquanto tal, a integrar, mesmo que por analogia, na *fattispecies* nuclear da “impossibilidade do cumprimento”. O único dado certo é que VAZ SERRA, sustentado na doutrina alemã mais tradicional (ENNECCERUS/LEHMANN), se referiu à figura como mero caso de “violação contratual positiva” equiparando aos casos em que o “devedor declara terminantemente que não fará a prestação devida” as hipóteses em que “rescinde, anula ou resolve o contrato, ou que não se considera vinculado por ele...” (9). No estudo dedicado à mora do devedor, e sempre no pressuposto de uma declaração escrita (10), VAZ SERRA propôs a dispensa de interpelação (11) e, na esteira dos Códigos suíço e grego, a desnecessidade da fixação de um prazo razoável de cumprimento sempre que se pudesse “... depreender da atitude do devedor que... não daria resultado” (12). Conquanto VAZ SERRA, até pela referência que faz a VON TUHR, estivesse a pensar precipuamente na declaração posterior à constituição em mora, não recusou formular uma idêntica solução para as condutas (significativas) adoptadas antes desse momento.

Apesar de todos esses enunciados não terem transitado sequer para o texto da 1.ª revisão ministerial do Projecto do Código Civil (13), ficou-nos

(9) Ver *Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor*, in BMJ n.º 47, pp. 70 e 83-84, nota 146. Atender, igualmente, ao artigo 12.º do articulado proposto (p. 97), sob a epígrafe “Conduta reveladora de que a prestação não será feita”, e no qual VAZ SERRA atribuía ao credor a alternativa resolução-indemnização “se o devedor...se comportar de maneira a manifestar clara e definitivamente que não fará a prestação...quando o devedor tenha manifestado por escrito essa determinação...”.

(10) *Mora do devedor*, in BMJ n.º 48, p. 61. O jurista, apoiado na solução prevista no artigo 1219.º, n.º 2, do *Codice Civile*, justificava o formalismo com razões probatórias e de ponderação.

(11) BMJ n.º 48, cit., pp. 60-62 e 300 (artigo 7.º, n.º 1: “Se o devedor declara, por escrito, terminante e definitivamente, que não cumpre, não carece o credor de o interpelar, para que ele se constitua em mora”).

(12) BMJ n.º 48, cit., pp. 260-262 e 308 (artigo 21.º).

(13) Cfr. os artigos 788.º, 794.º e 795.º no BMJ n.º 119, pp. 180-181.

o legado do pensamento do jurista nacional com as pedras de toque relativas aos pressupostos e efeitos da declaração do devedor, ou seja, a necessidade de escrito, a exigência do seu tom peremptório e definitivo, a dispensa de interpelação, a desnecessidade da fixação do prazo razoável e a opção (a exercer num prazo curto) entre a indemnização e a resolução. Será este, na realidade, a montante e a jusante, o ideário da figura (14)?

(14) Com excepção do regime mais completo previsto no Código Civil holandês de 1992 (enquanto o artigo 80.º, n.º 1, do Livro 6.º antecipa os efeitos do incumprimento nos casos em que a declaração do devedor faça crer ao credor de que não haverá cumprimento ou este tenha boas razões para retirar tal conclusão e o devedor não se mostre disposto a retractar-se por escrito, já o artigo 83.º retira uma mora automática daquela declaração do devedor) não se encontram nas principais legislações europeias sinais significativos da “nossa” figura (mesmo os artigos 108.º, n.º 1, do Código suíço das Obrigações, 358.º do Código Civil grego e 1219.º, n.º 2, do *Codice Civile* tratam meros aspectos pontuais). Mais recentemente, o direito alemão do BGB, através da “*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*”, de 11 de Outubro de 2001 (em vigor desde 1 de Janeiro de 2002), incorporou nos §§ 281 II (desnecessidade de uma “*Fristsetzung*”), 286 II 3 (desnecessidade da interpelação) e 323 II 1 e IV (desnecessidade de uma “*Fristsetzung*” nos contratos bilaterais e possibilidade da sua resolução) uma “doutrina” mais desenvolvida sobre a recusa definitiva e categórica.

Em legislação uniforme já constituída (artigo 72.º da Convenção de Viena de 1980 sobre o contrato de compra e venda internacional de mercadorias) ou a constituir (artigo 7.3.3. dos Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais, artigo 9:304.º dos Princípios do direito contratual europeu elaborados por uma comissão presidida por OLE LANDO e HUGH BEALE e os artigos 90.º e 91.º do Projecto do Livro I do Código europeu dos contratos, fruto do trabalho dos juristas da Academia de Pavia, coordenados por G. GANDOLFI) é que o chamado (correctamente?) “incumprimento por antecipação” pode implicar, em termos praticamente semelhantes, a resolução do contrato (cfr., para a Convenção, M. ÂNGELA BENTO SOARES/RUI MOURA RAMOS, *Do contrato de compra e venda internacional*, 1981, pp. 228 e ss., e, para os segundos princípios, a RCDP n.º 3, 2000). Fora da Europa, ver, pelo seu interesse, o artigo 1597.º do *Code Civil* do Québec de 1994 (na linha da norma do Código italiano e do artigo 83.º do Código holandês) e, no direito americano, os §§ 250 e ss. do *Restatement of contracts 2d* de 1981.

A pouca atenção legislativa não impediu, contudo, uma referência generalizada à figura, por parte da dogmática jurídica, sob as designações (equivalentes) de *rifiuto ad adempiere* (ver, para a crítica da expressão, F. ROMANO, *Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, in RDC II, 1965, pp. 607-608), *Erfüllungsverweigerung* e *anticipatory breach or repudiation* (ver, para o direito anglo-saxónico, C. FERREIRA DE ALMEIDA, cit., pp. 293-296, F. R. DAVIES, *Contract*, 3.ª ed., 1977, pp. 211 e ss., M. WHINCUP, *Risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale nel diritto inglese*, in RDC I, 1993, pp. 128-129, e E. FARNSWORTH, *On contracts*, 2.ª ed., II, 1998, pp. 527 e ss.).

2. FORMAS DE EXTERIORIZAÇÃO DA RECUSA DO DEVEDOR E DEMARCAÇÃO FACE AOS ACTOS UNILATERAIS LEGÍTIMOS. CARACTERÍSTICAS DA RECUSA (*MAXIME* DECLARATIVA) E ELEMENTOS REVELADORES DE UM CONTEÚDO SIGNIFICATIVO

É do entendimento comum que, em regra, a decisão do devedor é revelada de forma expressa mediante uma declaração (*Erklärung*) dirigida ao credor e em que faz saber — como seu conteúdo — a vontade de não cumprir o chamado “programa contratual”. No seu desiderato de anunciar essa intenção, a declaração do devedor pode manifestar-se obliquamente com alegações de inexistência ou invalidade contratual, sob a forma de motivações subjectivas de desinteresse (em vista, porventura, de um ulterior e mais proveitoso negócio) e pretensões sem justificação contratual, ou ir implícita na atitude mais radical de repúdio ou rejeição do próprio contrato, revelada através de pedidos de anulação, resolução (potenciada com um pedido indemnizatório) ⁽¹⁵⁾, denúncia ou impugnação do vínculo assumido ⁽¹⁶⁾.

Diga-se, contudo, que se é verdade que a tentativa de uma desvinculação ilegítima, activada por alguma dessas formas jurídicas, pode querer branquear a evidência de um facto lesivo, apresentando-se, pois, como sinal concludente de uma recusa antecipada de cumprimento, também não se afasta que o desejo desvinculativo possa repousar num fundamento justificado ⁽¹⁷⁾ ou compreender-se por razões dogmáticas, sustentadas por alguma doutrina ⁽¹⁸⁾. Independentemente dessa ambivalência, mesmo que

⁽¹⁵⁾ Por ex., nos acórdãos do STJ, de 26 de Setembro de 1996, *in* CJ IV, III, p. 24 e de 26 de Janeiro de 1999, *in* CJ VII, 1, p. 61 e ss., foi considerada como manifestação inequívoca de incumprimento a resolução declarada pelos promitentes-vendedores.

⁽¹⁶⁾ Para a integração da *Erfüllungsverweigerung* na *Vertragsaufsage*, ver TEUBNER, *Gegenseitige Vertragsuntreue*, 1975, p. 55, e K. FRIEDRICH, *Der Vertragsbruch*, *in* AcP 178 (1978), p. 490. Para uma posição mais cautelosa, ver, com o apoio de DUBISCHAR, BAPTISTA MACHADO, *in* RLJ, ano 118.º, p. 275, nota 2, em anot. ao acórdão do STJ, de 8 de Novembro de 1983.

⁽¹⁷⁾ No sumário da decisão da *Corte di Cassazione*, de 29 de Outubro de 1973, e que nos é relatado por P. TARTAGLIA (*Dichiarazione di risoluzione del contratto per fatti imputabili alla controparte e inadempimento prima del termine*, *in* RDC II, 1977, pp. 20 e ss.) é colocada a hipótese da declaração de resolução estar apenas conectada com uma representação não culposa do incumprimento alheio.

⁽¹⁸⁾ No caso sobre que versou o acórdão do STJ, de 26 de Maio de 1998, *in* CJ VI, 2, p. 100, o promitente-vendedor declarou o contrato resolvido apesar da mora do outro promitente.

a declaração de recusa tenha inerente esse *plus* da rejeição do contrato ou esta rejeição não signifique mais do aquela recusa, é óbvio que estamos fora do círculo em que o legislador ou as partes legitimam o exercício de certos direitos dotados de eficácia extintiva ou suspensiva, como são os casos, entre muitos outros, da resolução legal ou convencional (fundamentada ou *ad nutum*), do *pactum displicentiae* no contrato-promessa, da desistência da empreitada⁽¹⁹⁾, da revogação do mandato, da denúncia do arrendamento e, em geral, da exceção de não cumprimento⁽²⁰⁾. Efectivamente, a vontade de não cumprir um contrato, que não tenha na sua raiz uma determinada cobertura legal⁽²¹⁾, convencional ou a própria inexigibilidade do comportamento devido (o caso da chamada impossibilidade moral), traduz uma atitude de “marginalidade jurídica”, de arbitrariedade, ao escorar-se numa liberdade formal que contradiz a liberdade da vinculação e a fidelidade contratual⁽²²⁾.

A vontade negativa do devedor pode também ser retirada de factos significativos (a *repudiation by conduct* do direito anglo-saxónico) activos ou omissivos, de natureza material ou jurídica, como sucederá nos casos em que o empreiteiro abandone a obra⁽²³⁾, o trabalhador fuja do local de trabalho, o obrigado à preferência celebre uma promessa de venda sem reserva de desvinculação ou o devedor negligencie os preparativos do cumprimento⁽²⁴⁾, (atraso comprometedor no cumprimento de um contrato com

(19) Para a demarcação do direito de desistência previsto no artigo 1229.º do C.C. face às pretensões de “revisão ou substituição do contrato”, ver ANTUNES VARELA, *in* RLJ, ano 121.º, pp. 216-217, nota 2, em anot. ao acórdão do STJ, de 5 de Novembro de 1983.

(20) Para uma hipótese em que a *exceptio* foi invocada com fundamento numa correspectividade funcional (falta de entrega dos documentos do veículo vendido), ver o acórdão da RP, de 26 de Setembro de 1996, *in* CJ XXI, 4, p. 201.

(21) Ver, por ex., o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril (protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância), com a previsão do “direito de livre resolução” nos contratos celebrados a distância.

(22) J. GERNHUBER, *Die endgültige Erfüllungsverweigerung*, *in* Festschrift für DIETER MEDICUS, 1995, p. 152, refere-se a um “*Unrechtsgehalt*”. Também F. ROMANO, cit., p. 613, alude a um “acto de exercício unilateral (e ilegítimo) do poder resolutivo”.

(23) Ver para esse acto concludente, o acórdão do STJ, de 3 de Outubro de 1995, *in* CJ III, 3, p. 42.

(24) Para a inércia ou cumprimento tardio dos actos preparatórios, ver BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *in* Commentario del Codice Civile, sob a direcção de A. SCIALOJA/G. BRANCA (artigos 1218.º-1229.º), 2.ª ed., 1979, pp. 29-30 (anot. ao artigo 1218.º) e M. FRAGALI, *La dichiarazione anticipata di non volere adempiere*, *in* RDCDO, I, 1966, p. 251, com o exemplo clássico do empreiteiro que não tenha iniciado

termo essencial), não afaste dificuldades colocadas por terceiros, destrua o bem devido ou viole mesmo o contrato através da alienação do objecto prometido-vender ⁽²⁵⁾. Há-de tratar-se, pois, de uma conduta que inserida circunstancialmente permita afastar um mero receio e concluir seguramente ou com muita probabilidade por um desejo inequívoco de querer fugir ao cumprimento. Como afirma MURARO ⁽²⁶⁾, pensando basicamente no comportamento omissivo, o devedor torna-se agente de uma “conduta intencional, inexpressiva e passiva, perante o credor”, tornando “previsível” o incumprimento.

a construção de um imóvel que deva entregar a curto prazo (cfr., para a hipótese, o acórdão da RE, de 30 de Outubro de 1986, *apud* MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, III, 1991, p. 525, nota 7). Ver igualmente o caso, que se encontra em CONTINO cit., p. 267, do cantor lírico que não queira participar nos ensaios com o coro ou o caso do fornecedor que descure o aprovisionamento de matérias-primas necessárias ao cumprimento de um contrato de fornecimento periódico.

Relativamente às empreitadas, G. CONTE, *Appunti in tema di mancato compimento dell'attività preparatória e di risoluzione anticipata del contratto*, in RDCDO, 3-4, 1990, p. 172, sintoniza a certeza do incumprimento com uma avaliação técnica da capacidade de cumprimento, ou seja, com a “possibilidade concreta de o devedor poder utilizar os meios de construção mais avançados e as técnicas laborais mais modernas”.

⁽²⁵⁾ Para L. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, 1950, p. 41, o consumo, a destruição, a transformação e a alienação do bem devido são “sinais” que evidenciam uma determinada predisposição do devedor. Diga-se, no entanto, que a alienação pode ser feita com a cláusula a retro ou de reversão.

Regime especial está associado à insolvência — falência do devedor tendo em consideração alguns dos factos-índice (fuga do titular da empresa, abandono do estabelecimento, dissipação ou extravio de bens) incluídos no artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de Abril (Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência). Cfr. ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os efeitos substantivos da falência*, 2000, pp. 222 e ss., para os efeitos da falência do comprador e do vendedor.

⁽²⁶⁾ *L'inadempimento prima del termine*, in RDC I, 1975, p. 261, nota 24. Para a jurisprudência alemã (*apud* F. PETERS, *Die Ablenkungserklärung des Gläubigers*, in JR 1998, p. 690), é suficiente uma “conduta que para um observador objectivo gere dúvidas fundadas na capacidade de cumprimento” do devedor.

Nas situações em que o comportamento não seja esclarecedor, pode relevar uma justa causa resolutive (com interesse no seio dos artigos 1140.º e 1190.º do CC), ser activada outra tutela creditória (acção de cumprimento, sanção pecuniária compulsória) ou suscitada uma providência cautelar (por ex., no caso de negociações existentes entre um promitente-vendedor e um terceiro — ver, *infra*, nota 132). Naturalmente que são inequívocos os actos de um promitente-vendedor que coloque o andar à venda, publique anúncios, reclame um preço mais elevado e proponha a devolução do sinal ao outro contraente (cfr. o acórdão do STJ, de 15 de Março de 1983, in *BMJ* n.º 325, p. 561).

Regressando à típica declaração-manifestação directa de vontade, ela caracteriza-se pelo normal tom *expresso* (27) e por uma justificada natureza *receptícia* (28) (mesmo na presença de formas públicas de comunicação), não porque o “declarante” pretenda necessariamente certos efeitos, mas porque, não sendo a recusa um “mero comportamento” (29), ela cria determinada situação fáctica, implica, pelo menos, um determinado valor sintomático e, sobretudo, pode motivar um conjunto de reacções do credor.

A afirmação do normal teor expresso da declaração não implica sufragar a “tese” italiana, defendida entre nós por VAZ SERRA (30) e GALVÃO TELLES (31), e integrada no Projecto do Código europeu dos contratos (32), da necessidade de uma formalização escrita do desejo do devedor (33). Se no artigo 1219.º do *Codice Civile*, relativo à constituição em mora, a exigência de escrito é feita por razões de coerência e, segundo alguns (34), para comprovar a certeza e a seriedade da declaração, é de entender que, independentemente da resposta à questão da classificação do acto declarativo, a regra da liberdade formal é a mais sustentável, até porque reflecte a prevalência do conteúdo sobre a exteriorização da manifestação volitiva do devedor.

Estando nós perante uma declaração de vontade (35), pelo menos no seu sentido mais amplo, o pensamento jurídico dominante considera a

(27) MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, cit., II, 1980, p. 457, e RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, II, 1988, p. 447, exigem apenas que a recusa seja expressa. Ver na doutrina italiana e contra o formalismo escrito, MURARO, cit., p. 290.

(28) Aderindo ao ponto de vista de G. GIAMPICCOLO, *Dichiarazione recettizia*, in ED XII, p. 385, pode dizer-se que a necessidade de recepção da declaração prende-se com uma determinada lógica (inerente, por ex., às comunicações para preferir, às propostas contratuais e às interpelações) e com a afectação da esfera jurídica do credor. Ver, no entanto, MURARO, cit., p. 289, nota 77, para a rejeição dessa natureza, ao considerar a recusa como mera “declaração de intenção”.

(29) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, III, 1992, p. 167.

(30) Ver, *supra*, 1.

(31) *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., 1997, p. 258.

(32) Ver o artigo 90.º

(33) Ver o nosso *Do incumprimento...*, cit., p. 92.

(34) Cfr. CONTINO, cit., p. 260.

(35) Em rigor, trata-se mais de uma actuação ou manifestação de vontade sem sentido obrigacional- negocial, isto é, o devedor não se obriga a não cumprir o acordo (cfr. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, 1955, pp. 387 e ss.). U. HUBER, *Leistungsstörungen*, II, 1999, p. 576, recusando igualmente a configuração negocial da declaração, alude, contudo, a uma “conduta fáctica”.

recusa antecipada de cumprimento como acto jurídico em sentido restrito ⁽³⁶⁾, integrando-a no núcleo dos actos jurídicos quase-negociais e não no dos meros actos reais ou actos meramente exteriores, como é defendido por GERNHUBER ⁽³⁷⁾. Digna de ponderação é a concepção de alguns sectores da doutrina italiana ⁽³⁸⁾ de integrar a recusa (*atto di rifiuto*) nas chamadas “participações de vontade”, isto é, no grupo dos actos jurídicos constituídos por “declarações de factos ou de intenções”, ao lado da interpelação (simples e cominatória) e, segundo pensamos, da comunicação para preferir e da excepção do cumprimento do contrato-promessa.

Diga-se, no entanto, que a manifestação volitiva de recusa tem um sentido e uma função diferentes não só das verdadeiras declarações negociais (como é o caso, entre outras, da resolução, da renúncia e da ratificação), mas também da “participação” interpelativa, com natureza ou não ⁽³⁹⁾ de intimação-admonição. Se, na manifestação lícita de interpelação, o declarante quer obter determinados efeitos concretos, projectando-os na contraparte e gerando-se uma normal sintonia entre essa vontade e a sua conformação normativa ⁽⁴⁰⁾, já a declaração de recusa não é “constitutiva”, por ausência de licitude-potestatividade ⁽⁴¹⁾, pode gerar efeitos danosos (constituição em mora, indemnização e, para alguns, a perda do benefício do

⁽³⁶⁾ Assim, C. FERREIRA DE ALMEIDA, cit., p. 313 (com a invocação do artigo 294.º), A. RAVAZZONI, *Mora del debitore*, NDI X, p. 907, A. MAGAZZÙ, *Mora del debitore*, in ED XXVI, p. 943, M. BIANCA, *Diritto civile — La responsabilità*, 5, 1994, p. 97, N. MATASSA, in FI I, 1982, col. 2525, em anot. à sentença da *Corte di Cassazione*, de 17 de Março de 1982 (tratou-se de um caso em que uma editora declarou em definitivo não publicar um dicionário da língua italiana, “rompendo” um contrato celebrado para durar vinte anos) e K. FRIEDRICH, cit., p. 490.

⁽³⁷⁾ Cit., *supra* nota 22, p. 152.

⁽³⁸⁾ Assim, MIRABELLI, cit., pp. 313 e ss., SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico*, in ED IV, p. 212, MURARO, cit., p. 289, nota 77 (ver, *supra*, nota 28), e P. SCHLESINGER, *Dichiarazione (teoria generale)*, in ED XII, p. 383 (distinguindo as “*partecipazioni*” das declarações de ciência). Em sentido crítico, admitindo um certo “conteúdo negocial” da declaração, ver TARTAGLIA, cit., p. 26 e nota 26.

⁽³⁹⁾ Não é unanimemente aceite a sua qualificação de mero acto jurídico, pois CASTRO MENDES, *Natureza jurídica da interpelação*, in DJ, II, 1981/1986, pp. 19 e 22, sustenta a sua natureza negocial tendo em conta o “efeito primário” do vencimento.

⁽⁴⁰⁾ V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, 1966, p. 153, alude a eficácia “determinativa”.

⁽⁴¹⁾ Para uma recusa lícita, ver o artigo 429.º Concordamos com GERNHUBER, cit., p. 152, quando afirma não existir qualquer “exteriorização de uma vontade final lícita, nem uma comunicação com efeitos legais”.

prazo) para o devedor-declarante, criando uma situação que parece ter os contornos jurídicos (que não fácticos) de um incumprimento⁽⁴²⁾, mas sem que haja necessariamente aquela sintonia ou o declarante manifeste uma vontade heterónoma. Como quer que seja, não se trata de uma pura informação-comunicação dirigida ao credor, nem de uma mera revelação, destituída de valor próprio, pois a declaração de recusa tem um conteúdo típico que ultrapassa esse tom enunciativo — mesmo sem qualquer desejo de libertação do contrato — e a circunstância da sua eficácia não estar explicitada na lei — embora possa “retirar-se” dos princípios e de certos esteios normativos — nem se sintonizar, eventualmente, com a vontade do devedor, é secundário relativamente ao facto em si e à manifestação directa de vontade.

Independentemente da questão da sua consideração como mero acto jurídico (e possível “acto de participação”), a declaração de recusa, para suscitar determinadas reacções do credor, precisa de possuir certas características subjectivas e objectivas. Este ponto da caracterização da recusa é importante já que o maior ou menor alcance atribuído aos elementos caracterizadores acaba por influenciar a resposta a outras questões, como a da revogabilidade ou não da intenção manifestada pelo devedor⁽⁴³⁾.

Para lá da declaração ter que ser assumida por um devedor *imputável*⁽⁴⁴⁾ e apresentar-se como manifestação *intencional, pessoal e unilateral*⁽⁴⁵⁾, ela deve ser suficientemente *clara, unívoca*⁽⁴⁶⁾ e *séria*⁽⁴⁷⁾, de

(42) Ver, *infra*, n.º 4. Como afirma MIRABELLI, cit., p. 388, o “*rifiuto ad adempiere*” “provoca uma alteração não eliminável na situação factual e jurídica ...”.

(43) Ver, *infra*, n.º 3.

(44) Mais no sentido de ser pressuposta uma capacidade de entender e querer do que ser exigida a culpa, pois a recusa pode fundar-se num mero não poder, não subsumível a uma impossibilidade não imputável de cumprimento. Ver PANUCCIO, cit., p. 198, para uma aplicação analógica da norma correspondente ao nosso artigo 488.º, com o fundamento de que a recusa “tende ao incumprimento e ... a um ilícito contratual”. Para o autor italiano, o credor não poderá invocar a recusa desde que conheça ou devesse conhecer a incapacidade do devedor. Já quanto à incapacidade natural do credor, PANUCCIO considera-a irrelevante, atendendo aos efeitos da própria declaração, a não ser no caso em que o declarante conheça a incapacidade do credor à data da recepção da recusa (p. 199).

(45) Está ultrapassada a tese negocial sufragada por autores mais antigos (cfr. CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, IV, 1931, p. 500, e ORLANDO M. LEITÃO, *A interpeção do devedor — Necessidade — Natureza — Requisitos*, in ROA, ano 9.º, 1-2, 1949, pp. 213-214) e que condicionava a declaração à aceitação. Mesmo em autores mais modernos, como TARTAGLIA (cit., pp. 25-26, nota 26 e 27), aparece a defesa de uma” proposta de

modo a justificar o exercício de certos direitos e a defesa perante pretensões do declarante. Uma declaração unívoca é uma comunicação não viciada, precisa, com ausência de pedidos de esclarecimento ao (pelo) credor e que mostra a intenção categórica, o propósito claro do devedor não cumprir. Se a declaração de recusa fundada na convicção desculpável da inexistência da obrigação ou na ignorância acerca do *quantum* devido não preenche naturalmente o requisito da univocidade, já a declaração do comprador de que não tem dinheiro para pagar o que comprou (e não simplesmente para pagar imediatamente, pagar tudo ou para cumprir no prazo)

resolução convencional” ou de uma revogação por mútuo acordo, nos casos em que a declaração não esteja envolvida por um “*comportamento inadempiente*”, ou seja, “pessoal e relativamente definitivo”.

(46) Para a defesa do tom inequívoco da declaração de recusa, ver, entre outros, ORLANDO M. LEITÃO, cit., p. 214 (“aviso... claro e concreto”), CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato-promessa*, 5.^a ed., 1996, p. 103 (“certa, séria e segura”), e *Estudos de direito civil e processo civil (Pareceres)*, 1996, p. 137 (“séria, clara e categórica”), PESSOA JORGE, *Lições de Direito das Obrigações*, 1975-1976, p. 297 (“... em termos categóricos...”), GALVÃO TELLES, cit., p. 258 (“categórica” e “terminantemente”), ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 8.^a ed., 2000, pp. 932, nota 2, e 970 (declaração “categórica”, declaração “inequívoca e peremptória”), ANTUNES VARELA, RLJ, ano 121.^o, cit., p. 223 (“... declarar peremptoriamente que não cumprirá...”), GIORGIANNI, *Inadempimento (Dir. Priv.)*, in ED XX, p. 862, FARNSWORTH, cit., p. 535 (“... *sufficiently positive to be reasonably understood...*”), e LESER, cit., p. 648 (“...*wenn die Weigerung... ernstlich und deutlich...*”). Ver, na jurisprudência, e a título exemplificativo, os acórdãos da RL, de 4 de Novembro de 1993, in CJ XVIII, 5, p. 115 (o promitente-vendedor impediu o promitente-comprador de tomar posse da fracção, não entregando as chaves e recusando fazer a escritura após este ter conseguido obter o empréstimo bancário) e do STJ, de 24 de Outubro de 1995, in CJ III, 3, p. 78 (os promitentes-vendedores comunicaram que o contrato ficava sem efeito, com retenção do sinal a seu favor), de 26 de Maio de 1998, cit., *supra*, nota 18 (os promitentes-vendedores deram por resolvido o contrato com base na mora da promitente-compradora) e de 26 de Janeiro de 1999, cit., *supra*, nota 15 (a rescisão declarada pela promitente-vendedora foi tida como manifestação inequívoca e categórica da intenção de não cumprir).

(47) Pondo em destaque esse “sinal”, ver MENEZES CORDEIRO, cit., p. 457, e *Violação positiva do contrato — Cumprimento imperfeito e garantia de bom funcionamento da coisa vendida; âmbito da excepção do contrato não cumprido (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1980)*, in ROA, I, 1981, p. 143 e nota 39, BAPTISTA MACHADO, RLJ, ano 118.^o, cit., p. 275, nota 2, e p. 332, nota 35, MOSCO, cit., p. 37, MURARO, cit., p. 290, e FRAGALI, cit., p. 252 e nota 49 (não é séria a declaração feita por “raiva, represália ou retorsão”).

C. FERREIRA DE ALMEIDA, cit., p. 313, desvaloriza, desde logo, o requisito da “seriedade”, com a asserção de que o fundamental reside na questão interpretativa. Sem pormos em causa essa consideração, também não nos parece que os resultados interpretativos prescindam da caracterização com que o pensamento jurídico vem tipificando a recusa.

ou do cônjuge do promitente-vendedor de que não quer vender ⁽⁴⁸⁾ ou não quer vender nas condições contratadas inculcam manifestamente um desejo certo de incumprimento. De uma forma geral, deixa de ter um sentido unívoco toda a declaração (ou comportamento ⁽⁴⁹⁾) que não afaste o cumprimento pontual — o caso do devedor mostrar em dois momentos vontades não coincidentes — ou que não provoque uma imediata perda de confiança nesse mesmo cumprimento (como sucederá se o devedor declarar que não sabe se poderá cumprir). Estes últimos aspectos são também comuns à seriedade da declaração, ou seja, pretende-se a ausência de simulação ou reserva mental, de modo a gerar no credor, como diz FRAGALI ⁽⁵⁰⁾, um “receio... fundado”, resultante de um “facto que não seja meramente psicológico e subjectivo”.

Relativamente às declarações genéricas ou de conteúdo pouco claro quanto ao seu significado, cremos que o dever lateral de cooperação conduzirá o credor a pedir ao devedor que esclareça devidamente o sentido da sua manifestação. Este esclarecimento é útil nos casos em que o devedor se afaste (desculpavelmente ou não) dos termos da vinculação, pois a inércia do credor pode levá-lo a concluir tacitamente por uma “aceitação” desses termos.

Se bem que o tom peremptório da recusa equivalha quase sempre a uma presunção absoluta de uma vontade não provisória de incumprimento o que é certo é que a dogmática jurídica exige igualmente, como requisito autónomo e que delimita a figura pelo alto, a natureza *definitiva* ⁽⁵¹⁾ da declaração.

Relativamente ao critério que serve para aferir essa característica, parece suficiente a concludência do comportamento ou que a declaração *qua tale* crie no “declaratário” a convicção que o devedor não irá cumprir a prestação no prazo integrante da interpelação cominatória ⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁸⁾ No caso sobre que versou o acórdão do STJ, de 21 de Maio de 1998, *in* BMI n.º 477, pp. 460 e ss., a atitude inequívoca foi confirmada na contestação da acção de fixação de prazo.

⁽⁴⁹⁾ *Ver supra*.

⁽⁵⁰⁾ *Cit.*, p. 259.

⁽⁵¹⁾ Para essa exigência, ver GALVÃO TELLES, *cit.*, p. 258, PESSOA JORGE, *cit.*, p. 297, MOSCO, *cit.*, p. 37, MURARO, *cit.*, p. 290, e LESER, *cit.*, p. 648.

⁽⁵²⁾ JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, 1969, junta a essa exigência o não acatamento voluntário de uma sentença condenatória (ver as observações críticas de WERTENBRUCH, *cit.*, pp. 193-194).

Esta condicionante, que constitui a nota mais típica ou marcante da figura em análise, é complexa atendendo à sua possível eficácia bilateral, isto é, de dispensar o credor do cumprimento de certos ónus (*maxime* o de fazer uma interpelação cominatória) e de poder representar para o devedor uma espécie de “última palavra”, ficando como que obrigado a não modificar o seu acto de manifestação volitiva e gerando-se, assim, uma autovinculação ou mesmo um dever unilateral de não “trair” a vontade revelada. Veremos já a seguir se o declarante pode ou não retractar-se, “retirando” a sua recusa, mas, neste momento, é importante que fique assinalado que não devem subsistir dúvidas quanto a certas intenções do devedor, pois é diferente ele afirmar que não irá cumprir no prazo (ou dentro do prazo) ou que nunca irá cumprir ⁽⁵³⁾ (nem no prazo nem em acção de cumprimento).

As características que nos permitem concluir por uma recusa mais sintomática foram, de certa forma, incorporadas nalguns Códigos e em legislação uniforme, ou com predisposição para tal ⁽⁵⁴⁾, ao ser requerido, como requisito condicionante do exercício de certos direitos (*maxime* o direito de resolução), que o credor possa “concluir” pelo incumprimento ou que a declaração revele “manifestamente” que ele irá ocorrer.

3. DA POSSÍVEL RELATIVIDADE DA AFIRMADA NATUREZA DEFINITIVA DA VONTADE DE NÃO CUMPRIMENTO

Mesmo quando a declaração e o comportamento factual do devedor traduzam uma vontade definitiva de não haver cumprimento, é de questionar se o devedor poderá revogar a sua intenção, “retirando” a recusa ou colocando-se de novo em condições de vir a cumprir (distratando, por ex., uma venda a terceiro). Será que o devedor, depois de ter comunicado ao credor a sua intenção, pode voltar atrás por um acto unilateral de manifestação de uma vontade (contrária) de cumprimento? Ou será que, afinal, o tom categórico e definitivo da declaração vincula o devedor, sendo uma espécie de “última palavra”, com eficácia potestativa, fixando inexoravelmente a posição dos contraentes e retirando àquele a possibilidade de ainda oferecer o cumprimento?

⁽⁵³⁾ Ver BAPTISTA MACHADO, cit., p. 332, nota 35, para a colaboração dos contraentes na eliminação das dúvidas da declaração.

⁽⁵⁴⁾ Cfr., *supra*, nota 14, para a referência ao Código holandês, aos Princípios UNIDROIT e aos Princípios de um direito contratual europeu.

Esta questão da possível relatividade da característica subjectiva mais marcante emprestada à declaração do devedor é controversa até porque não é imune às várias concepções sustentadas a propósito da natureza jurídica e do valor do próprio acto (*maxime* o declarativo) de recusa.

Aceitando a tese dominante de conceber a declaração de recusa como simples acto jurídico, parece que, por força do disposto no artigo 294.º, a revogação-retractação do acto do devedor ficaria sujeita aos apertados limites advogados pelas teorias da recepção e do conhecimento⁽⁵⁵⁾. Esta tese “geométrica” não é, contudo, forçosa, como o prova o preceituado naquele normativo e, por outro lado, é de salientar que a declaração do devedor, mesmo traduzindo uma vontade definitiva, não tem natureza potestativa, não gera uma obrigação-vinculação de não se vir a cumprir, pois, como diz C. FERREIRA DE ALMEIDA⁽⁵⁶⁾, “não afecta, por si mesma, a subsistência da obrigação, porque o devedor não tem legitimidade para unilateralmente extinguir a sua própria obrigação”. Efectivamente, como a recusa definitiva não afasta, em regra, a possibilidade material e jurídica de o devedor ainda vir a cumprir⁽⁵⁷⁾, não parece legítimo tratarmos a declaração como o acto de escolha, referido no artigo 542.º, n.º 1, a declaração de renúncia ao exercício de um direito, a interpelação cominatória prevista no artigo 808.º, n.º 1, ou como uma vulgar proposta contratual (inserida ou não num pacto de opção), vendo-a, para protecção (?) do credor, como declaração receptícia, sujeita, pura e simplesmente, aos princípios dos artigos 224.º e ss. Se, por ex. na declaração de resolução, a necessidade protectora do co-contratante afasta outra opção do titular do direito a partir do momento em que aquela se torna irrevogável, já na nossa hipótese a eficácia da recusa não gera, de per si, a sua irrevogabilidade, pois não se justifica proteger automaticamente o credor contra uma declaração antecipada de incumprimento, retirando ao devedor a possibilidade de se “con-

(55) A questão não se coloca para os antigos partidários das teses “contratualistas” já que não é possível “ressuscitar” um contrato resolvido. Ver, contudo, no direito americano, para o relevo da aceitação da “*repudiation*”, E. FARNSWORTH, cit., p. 543.

(56) Cit., p. 311. No mesmo sentido, ver CONTINO, cit., p. 252, e P. TARTAGLIA, in RDC II, 1977, cit., pp. 27-28, conquanto não possa ser esquecida, como vimos, *supra* (nota 45), a sua parcial concepção “contratualista” (“*la dichiarazione di non volere adempiere ex se non costituisce inadempimento*”).

(57) O ponto é evidenciado por MURARO (*L'inadempimento prima del termine*, in RDC II, 1965, p. 148, e RDC I, cit., *supra*, nota 26, p. 290) ao referir-se à “*relativa definitività della dichiarazione*”.

tradizer” legitimamente. E é assim que GERNHUBER ⁽⁵⁸⁾, partindo do “acto real ilícito”, ou seja, não aceitando ver a recusa como declaração de vontade, só exclui a retractação (*Widerruf*) do devedor se o credor “transformar a relação obrigacional numa relação obrigacional secundária ou numa relação de liquidação”.

Por outro caminho, mais centrado na eficácia a conceder à própria recusa, parte da doutrina italiana ⁽⁵⁹⁾ admite igualmente que o devedor possa ainda cumprir até à data do vencimento ao negar à recusa valor de incumprimento, isto é, diferindo a eficácia da declaração para o momento da exigibilidade ou não vendo nela gravidade suficiente para justificar um procedimento resolutivo.

Mas também não se vê que possa haver incompatibilidade profunda entre o possível arrependimento do devedor e a “violação da obrigação” ⁽⁶⁰⁾, sabendo-se que o incumprimento (*maxime* a mora) não afasta necessariamente um cumprimento posterior, quer por vontade do credor, quer por vontade do devedor (através da purgação da mora ou de uma possível excepção do cumprimento ⁽⁶¹⁾), quer por vontade de ambos (cumprimento no decurso do prazo da interpelação cominatória). E, na verdade, que a questão não é derimida liminarmente pelos que consideram a recusa como um incumprimento antecipado é-nos provado, por ex., pelo posicionamento de um MURARO ⁽⁶²⁾ ao admitir a “*resipiscenza*” do devedor, mediante “*una controdichiarazione specifica od anche... un espressivo e inequivoco comportamento contrario*”. Nesta mesma orientação, a concepção norte-americana, que acolhe a existência de um “*breach of contract*” (diferente do “*breach by nonperformance*”), sustenta que o devedor possa exercer, em certos termos, o seu “*power of retraction*” antes da parte lesada reagir à “*repudiation*”, isto é, antes de a “aceitar” ou de comunicar ao outro contraente que considera o contrato resolvido ⁽⁶³⁾. A este propósito é

⁽⁵⁸⁾ Cit., p. 154. De uma forma geral a dogmática jurídica alemã defende a “*Rücknahme*” da recusa de cumprimento, como se vê em U. HUBER, cit., pp. 636 e ss. e a nota 102.

⁽⁵⁹⁾ Ver os autores citados por CONTINO, cit., p. 252, notas 21 e 24. Relativamente a MIRABELLI é de salientar, igualmente, o que diz na p. 388 da obra cit., *supra*, nota 35.

⁽⁶⁰⁾ Ver C. FERREIRA DE ALMEIDA, cit., p. 314, para a defesa dessa incompatibilidade.

⁽⁶¹⁾ Pensamos na solução consagrada no artigo 442.º, n.º 3, 2.ª parte, do CC.

⁽⁶²⁾ RDC II, 1965, cit., p. 148, e RDC I, 1975, cit., p. 290.

⁽⁶³⁾ Cfr., para o direito americano, E. FARNSWORTH, cit., pp. 542 e ss. (com a indispensável referência ao caso, de 1853, *Hochster v. De la Tour*, numa hipótese em que o segundo comunicou ao futuro patrão o desejo de não cumprir o contrato) e, para o direito

posta em relevo a atitude do credor no sentido de conseguir a “*retraction*”, com o fim de conservar, assim, a força primitiva do acordo.

A nossa doutrina trata muito pontualmente o problema, parecendo admitir, contudo, e em certos termos, o repensar da posição do devedor. Na verdade, se PESSOA JORGE ⁽⁶⁴⁾ invoca a possibilidade de arrependimento do devedor como obstáculo ao vencimento antecipado da obrigação com prazo, CALVÃO DA SILVA ⁽⁶⁵⁾ sustenta que a oferta posterior à resolução cai na proibição de *venire contra factum proprium*. É, no entanto, C. FERREIRA DE ALMEIDA ⁽⁶⁶⁾ quem desenvolve mais a questão embora o faça ao discorrer sobre o problema do fundamento da recusa e ao avocar para tal a figura relevada por CALVÃO DA SILVA. Conquanto defendam enquadramentos diferentes — CALVÃO DA SILVA reconduz a recusa antecipada ao incumprimento — os dois juristas parecem encontrar-se no ponto que agora nos ocupa, já que das considerações de C. FERREIRA DE ALMEIDA parece resultar que o arrependimento só fica precludido se o devedor vier oferecer o cumprimento após a reacção do credor. Vendo na “declaração da intenção de não cumprir” o *factum proprium*, e a posição contraditória tanto na invocação do direito ao benefício do prazo como na oferta tardia da prestação, C. FERREIRA DE ALMEIDA admite a revogação “enquanto o credor não tenha alterado os seus planos de acção, isto é, enquanto se não tenha verificado um investimento de confiança” ⁽⁶⁷⁾.

Para nós, e à margem da resposta que iremos dar à questão do fundamento-eficácia da recusa antecipada, a questão agora em causa não deve ser resolvida aprioristicamente com a sua negação, a pretexto da “intensidade” transmitida pelo devedor à sua vontade. Efectivamente, a eventualidade de o devedor querer voltar atrás com uma declaração que pretendeu definitiva é compreensível se pensarmos na possibilidade (mesmo que rara) da alteração do quadro circunstancial que originou a declaração, bem como num ulterior juízo autocrítico do devedor ou na percepção mais tar-

inglês, F. R. DAVIES, *Contract*, 3.^a ed., 1977, pp. 211-213, e A. RIBEIRO MENDES, *Aspectos gerais da responsabilidade contratual em direito comparado inglês e português*, in ROA I, 1977, pp. 19 e ss.

⁽⁶⁴⁾ Cit., p. 297.

⁽⁶⁵⁾ *Sinal e contrato-promessa*, cit., p. 105, e *Estudos...*, cit., p. 138. Ver, no mesmo sentido, MAGAZZÙ, cit., p. 943, nota 56.

⁽⁶⁶⁾ Cit., pp. 311 e ss.

⁽⁶⁷⁾ Cit., p. 314.

dia dos efeitos inerentes à recusa do credor em satisfazer a sua contra-prestação ⁽⁶⁸⁾. Mesmo na perspectiva do credor essa nova avaliação do devedor, traduzida eventualmente na prestação de garantias de cumprimento, pode vir de encontro aos seus interesses se pensarmos numa prestação infungível ou nas dificuldades (temporais, conjunturais e económicas) para celebrar contratos de cobertura. Independentemente deste duplo interesse, que justifica, nas palavras de WERTENBRUCH ⁽⁶⁹⁾, que o devedor “se declare disposto a cumprir perante o pedido de cumprimento do credor”, impressiona o argumento de GERNHUBER, acima referido, da exclusão, como bem jurídico a proteger, da confiança do credor na manutenção do ilícito do devedor ⁽⁷⁰⁾. Só não pensará assim quem der ênfase excessivo às palavras do devedor, vinculando-o irremediavelmente a uma posição unilateral que deixou de corresponder aos interesses dos contraentes ⁽⁷¹⁾. Será que o tom definitivo da recusa conduz, de per si, à consolidação da sua eficácia? E que o devedor, ao oferecer-se para cumprir (mesmo sem pedido do credor), *abusa* do direito-faculdade de invocar o benefício do prazo?

Repare-se que não se trata de o devedor paralisar, em qualquer caso, o legítimo exercício dos direitos do credor, mas apenas de lhe ser permitido cumprir alterando uma vontade inicial divergente. A preclusão da possibilidade de cumprimento — e C. FERREIRA DE ALMEIDA admite-a por outras palavras — só deverá ocorrer a partir do momento em que, de acordo com os interesses do credor, tenha ficado consolidado o tom definitivo da recusa, levando o credor a exercer direitos incompatíveis com o arrependimento ou a perder interesse no cumprimento voluntário, o que não pressupõe necessariamente a existência de um “investimento de confiança” ou de “ações concretas”. Por outras palavras, a eficácia da recusa fixa-se não apenas em função do tom emprestado pelo devedor à sua declaração, mas, sobretudo, pela reacção (dentro de um prazo razoável ⁽⁷²⁾) do credor

⁽⁶⁸⁾ Sobre o ponto, ver CONTINO, cit., p. 264.

⁽⁶⁹⁾ Cit., p. 197.

⁽⁷⁰⁾ Atente-se que, por ex., o artigo 81.º, n.º 2, do CC admite a revogação de certas vinculações...lícitas. Para o duplo limite à revogação da consignação em depósito, ver o artigo 845.º, n.º 2, do CC.

⁽⁷¹⁾ É essa, por ex., a posição de BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, 4.ª ed., 1969, p. 163, ao articular o *venire contra factum proprium* com uma espécie de autoresponsabilidade do devedor visível na sua declaração.

⁽⁷²⁾ No artigo 90.º do Projecto do Código europeu dos contratos está previsto que o credor, se não declarar, no prazo de oito dias, que considera a obrigação não cumprida, já

à perda de funcionalidade do contrato, particularmente quando este adotar uma posição contrária à conservação negocial, já que a mera declaração de que recusará a prestação ou de que considera o contrato definitivamente não cumprido não excluem forçosamente procedimentos de cumprimento coactivo (73).

Temos a convicção de que só é abusiva a conduta do devedor que pretenda, com a oferta de cumprimento, reverter a seu favor um estado de coisas desfavorável, retirando vantagens indevidas de uma situação que criou (74) (por ex., pretendendo agora com o cumprimento “escapar” ao pagamento de uma indemnização mais pesada). Tanto a pretensão de criar uma posição jurídica favorável (ou mais favorável), como o impedimento ao surgimento de posições favoráveis ao credor (por ex., oferecendo garantias para evitar uma mais que provável resolução) legitimam a invocação do brocardo *turpitudinem suam allegans non auditur*. Já nos casos em que a oferta de cumprimento tenha apenas subjacente um assumir (“tardio”) da vinculação existente, essa pretensão encontra uma barreira natural na consolidação do anúncio do devedor, isto é, na reacção concreta (75) à conduta (por palavras ou actos) do devedor. Com o devido respeito pela opinião contrária, não nos parece que exista um “*dolus praesens*” numa “posterior alegação do benefício do prazo” mas uma preclusão natural derivada da perda de sentido do arrependimento, tendo em conta o desinteresse (objectivamente fundado) revelado pelo credor nesse cumprimento (76). Ao pretender que a sua

não poderá recusar um cumprimento posterior (cfr. S. PATTI, *Riflessioni su un progetto di codice europeo dei contratti*, in RDCDO, 9-10/11-12, 2001, pp. 496-497).

(73) Segundo U. HUBER, cit., pp. 638 e ss., enquanto o credor não reagir é sobre ele que recai o risco de negócios de cobertura ou de simples negociações com vista a um futuro contrato.

(74) Para a figura da *conduta anterior indevida*, ver ALMENO DE SÁ, *Execução pública pelo autor, direitos conexos e gestão colectiva*, separata do BFDC, LXXV, 1999, pp. 46 e ss.

(75) A reacção do credor, como limite temporal da oferta de cumprimento, é potenciada se, ao abrigo da solidariedade contratual, for antecedida da insistência daquele na conservação do contrato mediante o pedido de retirada da recusa, a concessão de um prazo de reflexão — para o devedor reafirmar a recusa ou manifestar outra intenção — ou pela via, acolhida em certas soluções normativas, da pretensão de garantias de cumprimento. Ver, *infra*, n.º 5, para o problema da conexão entre a atitude mais “conservadora” do credor, a interpretação que dela retire o devedor e a questão do agravamento dos danos.

(76) Parece-nos que já não funcionará essa preclusão ou que o devedor poderá “reentrar” no “bom caminho” sempre que o credor, não recusando a prestação, venha pedir o cumprimento (forçado) do contrato (e por que não considerar a recusa categórica como caso de perda do benefício do prazo?) ou a sua execução específica. Neste último caso (ver, a pro-

conduta não veja consolidada a sua eficácia (com ressalva óbvia dos efeitos danosos já produzidos) o devedor não quer, como pensa C. FERREIRA DE ALMEIDA, “perturbar a confiança gerada”, até porque é duvidoso que a conduta negativa do devedor, desprovida de natureza vinculativa, crie sempre no credor, e à margem da sua reacção, “a convicção de que ele também no futuro se comportará, coerentemente, de determinada maneira” (77).

4. DO ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DA RECUSA ANTECIPADA: ATRACÇÃO PARA O QUADRANTE DA MORA, DO INCUMPRIMENTO DEFINITIVO (POR IDENTIFICAÇÃO DAS HIPÓTESES OU DAS ESTATUIÇÕES), DA “VIOLAÇÃO CONTRATUAL POSITIVA” OU DA VIOLAÇÃO CONTRATUAL ESPECÍFICA?

Os juristas nacionais, com honrosas excepções, mostram pouca ou nenhuma preocupação com a configuração dogmática da recusa antecipada de cumprimento, preferindo abordar lateralmente a questão na refe-

pósito o nosso *Do incumprimento do contrato-promessa...*, cit., p. 94), colocável a propósito da execução específica de um contrato-promessa, cujo cumprimento tenha sido recusado categoricamente, a oferta de cumprimento, por mera vontade do declarante, só será de negar se pudermos equiparar a hipótese à execução específica de um contrato-promessa definitivamente não cumprido por via do fracasso da interpelação cominatória (para a exigência desta interpelação mesmo havendo “comunicação categórica e definitiva do devedor”, ver JANUÁRIO GOMES, *Em tema de contrato-promessa*, 1990, p. 17).

O contrato-promessa coloca também a dúvida de saber se a recusa categórica de cumprimento cabe na chamada contra-excepção do artigo 808.º (por remissão do artigo 442.º, n.º 3, 2.ª parte) como forma de paralisar, mediante a chamada “excepção do cumprimento” (cfr. MENEZES CORDEIRO, *A excepção do cumprimento do contrato-promessa*, in TJ n.º 27, 1987, p. 1), o direito do credor-promitente comprador ao pedido de uma indemnização pelo valor. Para nós, a “excepção só será de rejeitar se o promitente-vendedor cair na alçada de um comportamento abusivo (por especular com o valor) ou se o promitente-comprador vier alegar que a declaração lhe fez perder o interesse no cumprimento, quer por razões objectivas (de tipo económico), quer por motivos subjectivos, juridicamente relevantes, e fundados, por ex., numa segunda declaração de recusa por iniciativa do mesmo credor (para a defesa, que tem o nosso sufrágio, de uma mais lata aplicação do mecanismo da “excepção do cumprimento”, ver JANUÁRIO GOMES, cit., p.25).

(77) BAPTISTA MACHADO, *Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*, in RLJ, ano 118.º, p. 171. MENEZES CORDEIRO na ROA II, 1998, em anot. ao acórdão do Supremo de 12 de Novembro de 1998, p. 964, exige como pressupostos do *venire contra factum proprium* “uma situação de confiança”, “uma justificação para essa confiança”, “um investimento de confiança” e “uma imputação da confiança”.

rência que fazem aos efeitos ou a alguns efeitos ligados ao teor inequívoco, definitivo e (para alguns) expresso da declaração do devedor.

A nossa doutrina divide-se entre aqueles que, como GALVÃO TELLES⁽⁷⁸⁾, sufragam simplesmente uma aliança da mora automática com os efeitos do vencimento imediato da obrigação, não prescindindo, pois, e implicitamente, do recurso aos mecanismos previstos no artigo 808.º, e aqueles⁽⁷⁹⁾ (a que se junta a jurisprudência⁽⁸⁰⁾) que defendem, mais ou menos explicitamente, a existência antecipada (directa ou por equiparação) de um incumprimento definitivo. Num outro núcleo podemos colocar os juristas que, como PESSOA JORGE, PEDRO ROMANO MARTINEZ e C. FERREIRA DE ALMEIDA, assumem posições mais cépticas e particulares, repudiando o duplo pensamento dominante. Vejamos mais em pormenor esta dialéctica.

É CALVÃO DA SILVA⁽⁸¹⁾ quem explana mais convicta e desenvolvidamente a tese do binómio declaração antecipada-incumprimento, ao considerar, apoiado em FRAGALI e com argumentos relevados pelos que sufragam a tese da “violação contratual positiva” (“... um intermédio e instrumental dever de conduta... que mantenha a *fiducia* do credor...”) que “o devedor não é livre... de declarar... que não quer cumprir, não só pela traição... da confiança depositada... no cumprimento, mas ainda pelas repercussões que aquela declaração poderia ter sobre o valor do crédito...”.

(78) Cit., pp. 255 e 258. Para um mesmo entendimento, ver ALMEIDA COSTA, cit., pp. 970 e 932, nota 2, MENEZES CORDEIRO, in ROA I, cit., p. 143 e nota 39 (sendo o prazo a favor do devedor, há uma “renúncia ao benefício do prazo”), RIBEIRO DE FARIA, cit., p. 447, JANUÁRIO GOMES, cit., p. 17, e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, II, 2002, p. 230.

(79) Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, 7.ª ed., 1997, p. 92, *Emendas ao regime do contrato-promessa*, in RLJ, ano 121.º, p. 9 e nota 1, col. esq., e em anot. ao acórdão do STJ, de 5 de Novembro de 1983, cit., *supra* (nota 19), pp. 223-224, e BAPTISTA MACHADO, RLJ, ano 118.º, cit., p. 275, nota 2 (com a invocação do artigo 801.º), e p. 332, nota 35. MENEZES CORDEIRO no seu *Direito das Obrigações*, II e III, cit., respectivamente pp. 457 e 525-526, defende tratar-se de um incumprimento definitivo.

(80) Ver, entre outros, os acórdãos do STJ, de 7 de Janeiro de 1993, in CJ I, 1, p. 15, de 21 de Maio de 1998, cit., e de 26 de Janeiro de 1999, cit., *supra*, nota 15, todos no domínio do contrato-promessa.

(81) *Sinal e contrato-promessa*, cit., pp. 102-105, e *Estudos*, cit., p. 137. Para uma adesão ao pensamento de CALVÃO DA SILVA ver o Parecer de RAÚL GHICHARD/SOFIA PAIS, *Contrato-promessa: resolução ilegítima e recusa terminante de cumprir; mora como fundamento de resolução; perda do interesse do credor na prestação; possibilidade de desvinculação com fundamento em justa causa; “concurso de culpas” no incumprimento; redução da indemnização pelo sinal*, in DJ I, 2000, p. 317 (... “(não observando o dever de omitir esse comportamento), haverá uma violação do crédito...”).

E mais à frente o ilustre jurista, para justificar a atitude desvinculativa do credor, afirma que “... a relação jurídica... perdeu a força originária e desapareceu como vínculo em cuja actuabilidade final o sujeito activo possa confiar...”.

Já PESSOA JORGE ⁽⁸²⁾, e particularmente quanto às obrigações a prazo, assume uma posição bastante mais cautelosa, ao pôr em causa o efeito do vencimento automático ligado à declaração do devedor, esgrimindo basicamente com o seu possível arrependimento e com a excepcionalidade das causas legais de antecipação do vencimento. Em PEDRO ROMANO MARTINEZ ⁽⁸³⁾ encontra-se o pensamento de que uma declaração expressa de incumprimento, emitida antes do vencimento, não faz surgir qualquer incumprimento definitivo, embora o ilustre jurista ressalve, em termos pouco nítidos e relativamente aos quais temos dificuldade em atingir o seu alcance, a ocorrência dos “pressupostos do artigo 780.º” e a possível intervenção da boa fé.

C. FERREIRA DE ALMEIDA junta-se a PESSOA JORGE e a PEDRO ROMANO MARTINEZ no repúdio às teses dominantes ao afirmar, na conclusão do seu estudo, que “no direito português, a *recusa de cumprimento declarada antes do vencimento* não se configura como um caso de incumprimento antecipado” ⁽⁸⁴⁾. Qual o fundamento que leva o jurista lisboeta a ver na declaração apenas “uma ameaça de não cumprir” conducente à “possibilidade de desconsideração do vencimento...” ⁽⁸⁵⁾?

Depois de passar em revista as teses (da antecipação do vencimento, da violação positiva do contrato e da proibição de *venire contra factum proprium*) que segundo C. FERREIRA DE ALMEIDA são as mais sustentáveis face ao nosso sistema jurídico, o ilustre jurista adere, como já vimos atrás, à última das teses para encontrar aí, isto é, na contradição entre a declaração do devedor (que para o jurista não vai contra a boa fé) e a invocação do benefício do prazo — “quando confrontado (o devedor) com alguma das pretensões que o credor tem à sua disposição, em caso de incumprimento” ⁽⁸⁶⁾ — a base dogmática da sua posição final.

⁽⁸²⁾ Cit., pp. 296-298. Mesmo nas obrigações puras, PESSOA JORGE acha mais sensato continuar a exigir-se a interpelação.

⁽⁸³⁾ *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, 1994, pp. 66 e 136.

⁽⁸⁴⁾ Cit., p. 317.

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁶⁾ Cit., p. 311.

Já vimos que aquilo que C. FERREIRA DE ALMEIDA discute com o fundamento que adopta (e que, como veremos, é sufragado na Alemanha pelos seguidores de RABEL) é mais a questão do possível arrependimento do devedor, pois não vemos que seja suficiente para resolver o problema do enquadramento teórico da figura esgrimir com a proibição de *venire contra factum proprium*, a existência ou a ausência do “investimento de confiança” ou com o ponto (lateral) da perda ou não do benefício do prazo. Quando, na crítica aos adeptos da “violação positiva do contrato”, C. FERREIRA DE ALMEIDA afirma que não há violação da obrigação principal, mas apenas “uma ameaça de incumprimento”, não considera a diferença entre o plano da vinculação e o do conteúdo dessa vinculação. Para nós, como veremos, é o primeiro que é fortemente perturbado, violado mesmo, condicionando naturalmente o segundo. Mas também não vemos o que impede C. FERREIRA DE ALMEIDA de defender a tese de um incumprimento antecipado, quando o vemos aludir “ao prognóstico quase seguro de incumprimento da obrigação principal” e quando, referindo-se ao credor, afirma que ele deve agir “*como se* o incumprimento já se tivesse verificado” (87) ou que “tem o *direito potestativo* de antecipar as pretensões que do incumprimento decorreriam” (88). Será que a ficção legítima o exercício desse direito? Por que é que a recusa torna contraditória a invocação do direito ao benefício do prazo, quando a declaração não parece ter subjacente a renúncia a esse benefício? E se a declaração vincula o devedor, à margem de qualquer “investimento de confiança”, poderá conceber-se um arrependimento sem cair no crivo da proibição de *venire contra factum proprium*? E por que é que, apesar de haver um “quase-incumprimento”, o credor pode ficar inactivo, assistindo ao agravamento dos danos, como se não tivesse “culpa” ou fugisse à aplicação do artigo 570.º, n.º 1? E se o credor deve actuar imediatamente, ao “fingir-se” que existe um incumprimento, por que é que C. FERREIRA DE ALMEIDA recusa o direito à execução específica antes do vencimento? Não há no recurso a esse expediente um intento de prevenir imediatamente as consequências danosas do incumprimento futuro? Não será a inércia prejudicial para ambos?

(87) Cit., p. 310.

(88) Para uma apreciação crítica, ver MENEZES LEITÃO, cit., p. 230, nota 449, ao considerar “como uma excessiva penalização”, por “desproporcionado”, o exercício imediato dos remédios próprios do incumprimento definitivo.

Antes de expormos as grandes linhas da nossa posição, vejamos, *en passant*, a perspectiva de alguma doutrina estrangeira que tem debatido a questão.

Começando pelo pensamento alemão, cujo fio condutor é anterior à reforma de 2001 e à consequente erosão dos conceitos de impossibilidade e mora ⁽⁸⁹⁾, um número assinalável de juristas germânicos clássicos (como ENNECCERUS) e modernos (sobretudo comentaristas) e a jurisprudência dominante (do RG ⁽⁹⁰⁾ e do BGH ⁽⁹¹⁾) demarcam a *Erfüllungsverweigerung* do negativismo omissivo patente na mora e no incumprimento definitivo, integrando-a, enquanto conduta anti-contratual lesiva de certo “dever de conduta”, na “violação contratual positiva”, categoria teorizada por STAUB nos inícios do século XX e que, entre nós, terá influenciado VAZ SERRA ⁽⁹²⁾.

Assim, se em LARENZ ⁽⁹³⁾, a recusa culposa é tida por “lesão grave antecipada”, valorada como “caso particular” de “violação contratual positiva”, e se, em SCHLECHTRIEM ⁽⁹⁴⁾, o dever de omitir tudo o que possa fazer perigar um cumprimento ainda não exigível surge como corolário de um “imperativo genérico de fidelidade contratual” (*Verletzung der Pflicht zur Vertragstreue*), de não fazer perigar o fim contratual ou dever de manutenção da confiança do credor no cumprimento ⁽⁹⁵⁾, já em GERNHUBER ⁽⁹⁶⁾

⁽⁸⁹⁾ Cfr., para a “função central” do “dever de prestar” (“*Pflichtverletzung*”) nos novos normativos dos §§ 280 e ss. do BGB, HANSJÖRG OTTO, *Die Grundstrukturen des neuen Leistungstörungsrechts*, in Jura 1/2002, pp. 1 e ss.

⁽⁹⁰⁾ Ver, para essa fase, LEONHARD, *Allgemeiner Schuldrecht der BGB — I*, 1929, p. 531 (com certo tom crítico, apesar de se inserir na orientação ao aludir “à forte perturbação dos vínculos pessoais do credor”), GERNHUBER, cit., p. 148, nota 13 (aceitando na p. 149 reconduzir a figura à violação do “*Leistungstreuepflicht*”), e WERTENBRUCH, in AcP 193, cit., pp. 191-192, nota 2.

⁽⁹¹⁾ Cfr. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 1992, p. 163, nota 102.

⁽⁹²⁾ Cfr. o BMJ n.º 48, cit., p. 61. Na RLJ, ano 100.º, p. 255, em anot. ao acórdão do STJ, de 27 de Março de 1976, VAZ SERRA considerou violador da boa fé (e incumprimento antecipado) a alienação a terceiro feita por um promitente-vendedor.

⁽⁹³⁾ *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., 1987, p. 365, nota 8. Próximo de LARENZ está de certa forma U. HUBER, cit., pp. 577 e ss., ao considerar a recusa como um “tipo próprio de perturbação contratual ao lado da mora e da impossibilidade”.

⁽⁹⁴⁾ Cit., p. 163.

⁽⁹⁵⁾ Na linha do relevo da “infidelidade ao contrato” e da “tutela da confiança”, ver os autores referidos por LESER, cit., p. 651, nota 34. Para uma crítica, em nome da sua desnecessidade, a esse “*Leistungstreuepflicht*”, ver SCHÜNEMANN, *Die positive Vertragsverletzung — eine kritische Bestandsaufnahme*, in Jus 1987, p. 7. Essa e outras reservas encon-

a recusa definitiva, enquanto “acto real” ilícito, contende, através da “inobservância do dever de fidelidade ao contrato”, com as próprias “ações de prestação”. Aquela violação, dirigida por outros⁽⁹⁷⁾, para o “dever de colaboração”, se tem naturalmente por corolário a aplicação dos remédios próprios do tipo de incumprimento em que se insere (em particular a dualidade recusa do cumprimento-indemnização) também não deixa de recorrer à via analógica, aproveitando-se da norma do BGB (§ 326)⁽⁹⁸⁾ que tinha sido fonte do nosso artigo 808.º

A mesma negação da violação de qualquer dever (lateral ou de prestação) surge nos juristas, que na esteira de RABEL⁽⁹⁹⁾, colocam a tónica na vinculação do devedor à sua declaração de vontade, trazendo, pois, para primeiro plano, as características dessa recusa, isto é, a seriedade e o tom definitivo das “palavras” (“*der Gläubiger kann den Schuldner beim Wort nehmen*”) dirigidas ao credor (mesmo que traduzam um mero não poder cumprir). Esse *factum proprium* “compromete” o devedor, impedindo-o, por contrariar a boa fé⁽¹⁰⁰⁾, de adoptar condutas contraditórias⁽¹⁰¹⁾ e retirando ao credor a possibilidade de exercer direitos que colidam com a vontade revelada.

Um outro grupo de juristas germânicos aproxima a “nossa” figura do incumprimento *tout court* através da integração da recusa no seio da impos-

tram-se em ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht — Band I, Allgemeiner Teil*, 2, 7.ª ed., 1993, p. 120, LESER, cit., pp. 653 e ss., JAKOBS, cit. (pp. 50 e ss.), FRIEDRICH, cit., p. 493, e HÜFFER (cit., p. 243).

(96) Cit., pp. 152 e ss. Ver, igualmente, o seu *Das Schuldverhältnis*, 1989, pp. 21-22.

(97) GERNHUBER, cit., p. 149, nota 20, refere KÖPCKE.

(98) Segundo STAUDINGER/OTTO (*apud* HANSJÖRG OTTO, cit., p. 6, nota 66) os normativos que permitem enquadrar actualmente a consequência indemnizatória ligada à recusa antecipada são os §§ 281 II e 282.

(99) GERNHUBER, cit., p. 150, nota 22, atribui a paternidade da tese a KRÜCKMANN e a FRITZ.

(100) No caso, relatado por SCHLECHTRIEM (cit., p. 163), e relativo a um contrato de empreitada, o BGH seguiu uma via próxima ao defender a aplicação da doutrina do § 162 do BGB (correspondente ao nosso artigo 275.º, n.º 2), estabelecendo a doutrina que ninguém se deve aproveitar da não verificação de um certo pressuposto quando essa falta foi por si provocada e contra as regras da boa fé.

(101) Cfr. BLOMEYER, cit., pp. 162-163, e os autores citados por LESER, cit., p. 652. Para uma crítica, centrada no recurso da orientação em causa à figura da proibição de *venire contra factum proprium* e na sua aproximação à *anticipatory repudiation* do direito inglês, ver GERNHUBER, cit., pp. 150-151. Em sintonia com a primeira objecção está HÜFFER, cit., p. 243.

sibilidade — de forma a atribuir ao credor determinados direitos ⁽¹⁰²⁾ — fazendo-lhe aplicar as normas da mora (utilizando, de preferência, o expediente analógico ⁽¹⁰³⁾ a partir da anterior redacção do § 326 do BGB) ou, numa perspectiva mais global, e digna de ponderação, considerando-a uma “pura negação do contrato” (do *Hauptpflicht*), isto é, uma “forma particular de violação contratual culposa ⁽¹⁰⁴⁾”, em que o fundamento da desvinculação (activada por uma “declaração potestativa” do credor), e não só, reside na própria *Weigerung*.

Na literatura italiana a discussão é menos difusa, pois, tal como nos é apresentada por CONTINO ⁽¹⁰⁵⁾, revela num dos lados a orientação (dominante a partir de finais da década de 50) que faz equiparar a recusa ao incumprimento, desvalorizando a inexigibilidade da prestação, avocando a aplicação do artigo 1453.º do *Codice Civile* (semelhante ao artigo 801.º, n.º 2, do nosso Código) e invocando, por fundamentos, a violação da boa fé (e a própria proibição de *venire...*) e a crise da confiança do credor na manutenção de um vínculo face à mutação culposa da vontade assumida na contratação ⁽¹⁰⁶⁾ ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰²⁾ É o caso de JAKOBS, cit., pp. 50 e ss., ao aplicar as normas que correspondiam aos §§ 280 e 325 do BGB, como já tinha sido, segundo LESER (cit., p. 651), a posição de FRITZ. Apesar de JAKOBS entender que a recusa não é ainda a violação do dever de prestar, acaba por fundar os direitos de indemnização e de resolução na pressuposição de um incumprimento tido por certo. GERNHUBER (cit., p. 147) critica com razão JAKOBS por este alargar o conceito e o sentido da impossibilidade da prestação. Para a ficção de uma impossibilidade da prestação, embora no seio de um incumprimento bilateral, ver CH. RABL, *Gläubigerverzug und beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung*, in JBl, 1997, p. 502.

⁽¹⁰³⁾ Para lá dos autores referidos por GERNHUBER, cit., p. 148, nota 11, é de acrescentar o nome de HÜFFER, cit., pp. 243-244.

⁽¹⁰⁴⁾ É o caso de LESER, cit., pp. 653 e ss. e, como vimos *supra*, nota 93, de U. HUBER, cit., p. 580.

⁽¹⁰⁵⁾ Cit., pp. 247 e ss.

⁽¹⁰⁶⁾ SACCO (*apud* CONTINO, cit., p. 247) alude mais precisamente à “violação do interesse imediato do contraente a ver salvaguardada a integridade das...expectativas”.

⁽¹⁰⁷⁾ Como autores mais representativos destacam-se FRAGALI, MURARO, M. BIANCA, GIORGIANNI e TARTAGLIA, embora com uma linha de pensamento algo diferente. Se os dois últimos exigem, respectivamente, que haja uma manifestação “certa e unívoca” (cit., pp. 861-862) ou “factos” objectivamente significativos de uma “situação de incumprimento” (cit., pp. 25-26), já BIANCA, cit., pp. 97-98, e *Diritto Civile — L’obbligazione*, 4, 1993, p. 223, justifica a tese do incumprimento antecipado com a aplicação analógica do artigo 1186.º (correspondente ao nosso artigo 780.º) e MURARO, in RDC II, 1965, cit., pp. 142 e ss. valora essa “*obbligo di condotta*” que exige um “comportamento pessoal necessário e contínuo, sem “contradizer” a “intenção actual de querer cumprir”. Mais à frente

No outro lado da polémica está a doutrina que, entendendo não haver incumprimento sem exigibilidade, questiona que o devedor, com a sua declaração pós-contratual, possa ter “uma linha de comportamento que se sobreponha à que foi fixada no contrato” (108), pondo em causa a estrutura e a funcionalidade da relação existente. Nem os adeptos desta tese se coíbem de invocar a boa fé ao considerarem que este princípio vale tanto na fase do cumprimento como no período subsequente ao contrato (mas anterior àquele). Por outras palavras, o devedor não poderia, com a sua declaração negativa, pôr em causa a execução contratual. Como corolário desta concepção (defendida, entre outros, por BIGLIAZZI/GERI, ZANA e PRINCIGALLI (109)) está, como vimos, a possibilidade do devedor repensar a sua atitude, cumprindo dentro do prazo, não se afastando, para alguns (110), a viabilidade da declaração poder equivaler a uma proposta de resolução susceptível de gerar um acordo extintivo.

O que dizer desta panóplia de posições?

Para nós, a questão do enquadramento teórico do acto de recusa (*lato sensu*) é condicionada pelas respostas que puderem ser dadas a quesitos essenciais: a declaração de vontade do devedor é ou não uma mera declaração de intenções? Não é algo de autónomo relativamente à

(p. 147) MURARO entende que a vinculação “implica uma sujeição contínua da liberdade do devedor a uma conduta diligente dirigida à necessária prestação final”. Em estudo posterior (RDC I, 1975, cit., pp. 248 e ss.) MURARO valoriza a concepção dinâmica da relação obrigacional e o valor económico do crédito, aplicando os critérios do incumprimento resolutivo para aferir da gravidade da recusa.

FRAGALI (cit., pp. 254 e ss.), por seu lado, para lá de tecer reservas à consideração exclusiva dos “deveres de conduta” e da boa fé em que repousam (no que é acompanhado por uma referência a RAVAZZONI), entende, em crítica a MURARO, que a “intenção de cumprir não é objecto de uma actividade do devedor”, nem a sua “não contradição pode figurar como objecto de uma obrigação” (p. 253). Para FRAGALI o que está em causa é a obrigação de “não revogar a vontade de cumprimento expressa ao tempo do contrato, atendendo à “confiança depositada pelo credor no cumprimento voluntário da obrigação” (p. 256). Para uma réplica de MURARO às objecções de FRAGALI, ver a RDC I, 1975, cit., pp. 278-279, nota 58.

(108) F. ROMANO, cit., p. 611. Para o jurista italiano a “vontade de não cumprir só tem significado se for acompanhada de um efectivo comportamento inactivo”. Daí que F. ROMANO, ao entender que o “*rifiuto*” não pode influir na “*sostanza contrattuale*”, o valor apenas como proposta de resolução, que, a ser aceite, irá acompanhada de uma indemnização por danos negativos (p. 614).

(109) Cfr. CONTINO, cit., pp. 252-253, notas 21 a 24. Para autores mais antigos, ver MURARO, in RDC I, 1975, cit., pp. 275-276, nota 54.

(110) É o caso já referido de F. ROMANO.

vinculação assumida e ao inerente dever de prestar? Existe contradição entre o acto negativo e a ligação contratual, de modo a revelar-se uma patologia jurídica imediatamente relevante? A recusa séria de cumprimento é um acto ilícito (*Unrechtsgehalt*, para citarmos GERNHUBER ⁽¹¹¹⁾) por colocar em causa, no presente, a juridicidade do vínculo existente, pela sua repercussão no momento (futuro) da exigibilidade? E não incidindo o comportamento declarativo sobre a eficácia normativa da contratação, poderá representar uma quebra de solidariedade, por ser contrário à boa fé, enquanto “violação” do dever de não manifestar a intenção de não cumprimento?

Sabendo-se que durante a vida de qualquer contrato ocorrem eventos que o podem atingir, não se estranha que o legislador tivesse previsto, para alguns deles, determinados mecanismos de reacção (por ex., outorgando remédios para a alteração anormal de circunstâncias, repartindo o risco da impossibilidade da prestação, permitindo, a título preventivo, a estipulação de poderes de desvinculação, autorizando a regulação convencional da responsabilidade). No nosso caso, na ausência, no direito codificado, de dados legais que afrontem a questão, a(s) resposta(s) não pode(m) avocar, à *outrance*, o quadro de soluções da teoria geral do incumprimento, toda ela estruturada com base em comportamentos de outra índole e com um diferente momento de verificação temporal. Na verdade, se, em rigor, não pode falar-se do incumprimento de obrigações ainda não vencidas, o enquadramento que se pretende não pode ser conseguido por aplicação directa dessa situação fáctica — e daí o recurso à identificação e à equiparação-ficção —, gerando-se, quando muito, e como veremos, algum aproveitamento do seu regime jurídico (como aliás se pode passar com o incumprimento bilateral).

Na perspectiva do devedor, conquanto a sua obrigação seja violável, a revelação de uma intenção de não cumprir, quer seja assumida de forma subjectiva (por declaração à contraparte), quer se apresente de modo objectivo, e com base num facto concludente ⁽¹¹²⁾, não pode pôr em causa o “valor vinculante do contrato” ⁽¹¹³⁾ ou, nas palavras de GER-

⁽¹¹¹⁾ Cit., p. 152.

⁽¹¹²⁾ Há casos em que a revelação objectiva é, em si, o incumprimento, como na hipótese do vendedor partir um objecto infungível antes da data da entrega ou o promitente-vendedor alienar o bem sem qualquer cláusula de reversão.

⁽¹¹³⁾ F. ROMANO, cit., p. 613.

NHUBER, as “ações de prestação” assumidas, mesmo quando, e mais atipicamente, a declaração não exclua a possibilidade do cumprimento voluntário. Sendo certo que o devedor não manifesta uma pura intenção — como tal, juridicamente neutra — mas pretende, na maioria dos casos, libertar-se do contrato mediante a recusa do seu cumprimento, há que dizer que essa atitude — e aquela em que o mesmo devedor é apenas categórico na recusa — “negam” ⁽¹¹⁴⁾ o contrato, são “desviantes” do dever de prestação, fazendo daquele um instrumento provisório, que possibilita ao devedor escolher as sanções aplicáveis e que confere ao credor uma mera expectativa de cumprimento. Se é verdade que a celebração do contrato não garante a certeza do seu cumprimento, também é manifesto que com o seu “não irei cumprir” (ou semelhante) o devedor manifesta, pelo menos, um desejo contrário à vontade livre plasmada no acordo contratual, potenciando-se a eficácia dessa vontade a partir do momento em que a interpretação da declaração (ou do comportamento positivo ou negativo) permita concluir pelo desejo inequívoco e definitivo de não cumprimento. O devedor não tem legitimidade para se colocar em conflito com o seu próprio dever, renunciando à sua obrigação essencial, assumindo uma promessa unilateral de incumprimento (com a consequente “perda” do direito do credor) e provocando unilateralmente uma situação evidentemente perturbadora ⁽¹¹⁵⁾. Parece, pois, dogmaticamente consistente que nos situemos primacialmente no plano da vinculação assumida e da ruptura com a palavra dada, visível no esvaziamento do compromisso assumido, na incoerência manifestada, na alteração anormal (“subjectiva”) do plano vinculativo.

Na perspectiva do credor, e particularmente dos seus interesses económicos, não há diferença substancial na atitude do devedor que recuse cumprir no vencimento, no decurso da interpelação cominatória ou antes do prazo da exigibilidade. A crise da funcionalidade do contrato, aferida pela interpretação inequívoca da declaração e pelo desejo de uma ilegítima desvinculação do devedor, prevalece sobre a visão atomística de um prazo ainda não vencido, justificando-se uma reacção célere do credor para fazer face à perturbação dos seus planos. E isto independentemente da questão de sabermos se estamos ou não perante um incumprimento antecipado.

⁽¹¹⁴⁾ LESER (cit., p. 653) sustenta precisamente que a recusa antecipada “nega” o próprio dever principal de prestação.

⁽¹¹⁵⁾ MURARO, cit., p. 149, fala da “*malattia del rapporto*”.

Sem fugirmos ao problema, diremos que estamos menos com aqueles que se movem no quadro da violação dos deveres laterais ⁽¹¹⁶⁾ ou que pretendem encontrar a solução na proibição de *venire contra factum proprium* (ao considerarem abusiva a liberdade fáctica do devedor), parecendo-nos mais adequada a via “específica” de LESER ⁽¹¹⁷⁾ e HUBER ⁽¹¹⁸⁾ e a exploração da diferença entre a falta da prestação e a lesão do próprio dever de prestação. Efectivamente, e para nós, a crise de confiança do credor não está tanto relacionada com a violação da chamada “fidelidade contratual”, isto é, com um modelo de conduta que envolve comportamentos instrumentais necessários para uma satisfação global dos interesses, mas com a repercussão da atitude (ou do comportamento) do devedor no comportamento devido, fragilizando substancialmente o dever jurídico. A declaração insere-se, aliás, num quadro de comportamentos sintomáticos ⁽¹¹⁹⁾ que, sem colocarem directamente em causa o cumprimento, o tornam improvável, levando o sistema jurídico a conceder aos credores expedientes apropriados, situados, quase todos, no campo da autotutela. Mas também se pode dizer que a recusa injustificada do devedor cria uma “justa causa” ⁽¹²⁰⁾ de libertação do credor, em função do seu receio consistente (no cumprimento futuro), da perda do valor patrimonial do seu crédito — ponto evidenciado por MURARO ⁽¹²¹⁾ ao entender que a vontade de cumprimento deve manter-se entre a conclusão e a execução contratuais sob pena de se colocarem em causa as “exigências da previsão económica” e de se justificar a inexigibilidade de uma sua conduta expectante. Estas considerações, se

⁽¹¹⁶⁾ Dever lateral típico está consagrado, por ex., no artigo 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 143/2001 (cit., *supra*, nota 21), na medida em que o fornecedor, caso não possa cumprir por indisponibilidade do bem, deve informar do facto o consumidor.

⁽¹¹⁷⁾ Ver, *supra*, nota 114.

⁽¹¹⁸⁾ Cit., p. 579 (“trata-se simplesmente de violar o dever cujo cumprimento é recusado. Não é apenas o incumprimento no vencimento que constitui uma lesão contratual, mas igualmente o seu anúncio”).

⁽¹¹⁹⁾ Estamos a pensar no regime consagrado nos artigos 780.º, 781.º, 1140.º e 1235.º Ver também, para a tutela antecipada do credor, os artigos 674.º, 701.º, 702.º e 725.º

⁽¹²⁰⁾ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da resolução por incumprimento*, in *Obra dispersa*, I, pp. 138 e ss. e RAÚL GHICHARD/SOFIA PAIS, cit., pp. 325 e ss. Apoiados em BAPTISTA MACHADO (cit., pp. 143-144, e RLJ, ano 118.º, p. 331) podemos dizer que a recusa antecipada é um “facto capaz de fazer perigar o fim do contrato” ou que funciona como “violação contratual que torna... inexigível para a parte não inadimplente a continuação da relação contratual”.

⁽¹²¹⁾ Cit., p. 286.

permitem negar a existência de uma mera antecipação de vencimento, não nos obrigam, contudo, a um enquadramento forçoso na teoria do incumprimento, de modo a afirmarmos a existência de um incumprimento antecipado ⁽¹²²⁾, de um incumprimento por equiparação ou de um incumprimento ficcionado ⁽¹²³⁾, quando o mais importante reside na natural aplicação de remédios exigidos pelo estado de debilidade do vínculo, dada a perda da sua funcionalidade.

Diremos, pois, e em síntese, que a recusa antecipada não é, de per si, um incumprimento *tout court*, como é a mora, mas sim uma conduta violadora específica, integrada por um regime jurídico em parte próprio (em função das características da declaração, da possibilidade do arrependimento e da não preclusão da execução específica) e em parte “importado”, por adaptação, da teoria geral do incumprimento (normativamente fundado nas normas dos artigos 798.º, 801.º e, até certo ponto, no 808.º, para o caso de o credor pretender a “liquidação” do contrato). A chamada violação do “dever de fidelidade contratual” dilui-se na lesão culposa do estrato superior do contrato, ou seja, é a posição do devedor perante a própria conduta de prestação que coloca em perigo real o seu cumprimento e, mediadamente, o seu resultado ⁽¹²⁴⁾. A conexão declaração/comportamento-dever de prestação implica uma situação factual grave a partir do momento em que o conteúdo do primeiro adquira um significado sintomático para os interesses do destinatário e a economia contratual. E radica, precisamente, nessa violação negligente do “dever principal”, a fundamentação encontrada por determinados juristas ⁽¹²⁵⁾ para a inércia do devedor na fase preparatória do cumprimento.

⁽¹²²⁾ Contrariamente à posição mais cautelosa do Código Civil holandês (artigo 6:80.º, n.º 1), parece ser essa, como já vimos, a perspectiva consagrada nos Princípios de direito contratual europeu (artigo 9:304.º) e nos Princípios UNIDROIT (artigo 7.3.3.).

⁽¹²³⁾ Para a reserva do recurso às ficções, ver FRIEDRICH, cit., p. 490.

⁽¹²⁴⁾ Não haverá uma identidade de fundamento entre a atitude antecipada do devedor que obsta à satisfação voluntária do credor e a “recusa” voluntária (e deliberada?) do credor que impeça o cumprimento do devedor? Embora o ponto não possa ser aqui tratado, é de referir que, por ex., BERND-RÜDIGER KERN (*Zur Dogmatik des § 324 I BGB*), in *AcP* 200 (2000), pp. 700-701, depois de afastar a explicação assente na boa fé (no “dever de fidelidade contratual”), entende que o credor não viola “um dever contratual mas o dever jurídico fundamental de cumprir o contrato celebrado”. Defendendo a ideia de que o credor tem a “faculdade” de impossibilitar o cumprimento, ver M. DE LURDES PEREIRA, *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, 2001, p. 230.

⁽¹²⁵⁾ Assim, CONTE, cit., p. 173.

5. EFEITOS (BILATERAIS) DA CONDUTA REVELADORA DA INTENÇÃO DE INCUMPRIMENTO

A partir do momento em que o comportamento do devedor (*maxime* declarativo e de repúdio ou não) provoca a “disfunção da relação” (126), alertando o credor fiel para o perigo efectivo do incumprimento ou, por outras palavras, criando-lhe a convicção fundada do fracasso da vinculação, o mesmo credor, desde que não assuma uma improvável, mas não ilegítima atitude expectante, pode actualizar, dentro de um prazo razoável, mas tendencialmente curto, um *jus electionis* centrado no exercício mais racional dos direitos de indemnização e (ou) resolução do contrato (127), mas sem que se excluam as possibilidades de uma acção de cumprimento ou de uma execução específica. E se a recusa de cumprimento gera a necessidade de uma tutela imediata do credor, atendendo às suas repercussões no valor e na utilidade da prestação recusada, também não se pode esquecer o relevo (secundário) que a própria declaração assume relativamente ao devedor e que não tem apenas a ver com a questão, já considerada, do ressurgir da vontade de cumprimento.

Começando pela eficácia da recusa no tocante ao devedor, como a declaração não traduz o exercício unilateral e legítimo do poder resolutivo, produz-se um determinado conteúdo de auto-responsabilidade integrado pela manutenção da vinculação — o devedor provoca o “incumprimento” sem que se extinga o dever de prestação —, pelo reconhecimento do direito do credor (128) e pelo surgimento de possíveis consequências desfavoráveis, traduzidas num dever de ressarcimento dos danos, na exclusão do direito à contraprestação e, segundo alguns, na perda do benefício do prazo (129). Relativamente à penúltima perda, conquanto o nosso Código Civil não contenha uma norma idêntica à do artigo 1460.º, n.º 2, do *Codice Civile*, e que permitiria valorar positivamente a atitude do credor, quer em nome do princípio da boa fé, concretizado positivamente na norma do artigo 762.º, n.º 2, quer defendendo uma extensão do quadro legal do artigo 429.º, o credor, interpelado ou não pelo devedor, pode recusar o

(126) F. ROMANO, cit., p. 614.

(127) Na legislação referida *supra*, nota 122, e no artigo 72.º, n.º 1, da Convenção de Viena de 1980, há apenas uma referência expressa à resolução (e à indemnização cumulável). Para o exercício do direito de resolução, ver o § 323 IV do BGB.

(128) Cfr. E. CONTINO, cit., pp. 262-263.

(129) Ver, *infra*, 5.3.

cumprimento face à preempторiedade da declaração ou à conclusão do comportamento do devedor ⁽¹³⁰⁾.

5.1. A (atípica) atitude expectante do credor

Se o devedor deixou clara a sua intenção de não ir cumprir, como que anunciando a “morte” do contrato, a circunstância de não ficar liminarmente excluída a possibilidade de uma ulterior ponderação — mesmo a insistência do credor — só em casos muito contados conduzirá a parte fiel a uma posição de “ignorância” da declaração, tanto mais que o credor, mesmo sem resolver imediatamente o contrato, poderá precluir aquela eventualidade se contra-declarar, por ex., que recusará um cumprimento posterior ⁽¹³¹⁾, desde que não se esteja, naturalmente, perante

⁽¹³⁰⁾ A suspensão do cumprimento está prevista, por ex., no artigo 7.3.4 dos Princípios UNIDROIT e no artigo 9:201 dos Princípios de direito contratual europeu. No primeiro preceito, como já vimos, dá-se ao credor, cumulativamente, a faculdade de “exigir garantias suficientes de cumprimento pontual” (ver, igualmente, o artigo 91.º do Projecto do código europeu dos contratos).

C. FERREIRA DE ALMEIDA, cit., p. 317, propende antes para a aplicação analógica do artigo 428.º, embora nos pareça melhor o fundamento alternativo que propõe, ou seja, o de considerar abusivo o pedido do devedor. Já M. ZANA, *La regola della buona fede nell'eccezione di inadempimento*, in RTDPC 1972, p. 1393, tende para a aplicação analógica do artigo 1460.º, n.º 2, do *Codice*.

⁽¹³¹⁾ Face à anterior redacção do § 326 do BGB, inteiramente não coincidente com a do nosso artigo 808.º, se havia quem considerasse vinculativa a declaração de recusa por parte do credor quando fosse exercida no quadro da chamada interpelação cominatória (assim, H. OETKER, *Ablehnungserklärung bei verzugsbedingtem Interessenwegfall i. S. Von § 326 Abs. 2 BGB — überflüssiger Formalismus oder dogmatische Selbstverständlichkeit?*, in JZ 1999, pp. 1032-1033, partindo da necessidade de tutelar a contraparte e de conferir eficácia clarificadora à recusa), também já não parecia de afastar a hipótese de uma retractação bilateral, com aptidão para satisfazer interesses recíprocos, no caso em que o credor, após ter recusado o cumprimento posterior como reacção à recusa categórica de cumprimento, viesse a revelar disponibilidade para aceitar o cumprimento (ou uma dação em cumprimento) se, entretanto, não tivesse resolvido o contrato. No quadrante do § 326 I do BGB, onde a declaração de recusa era exigida, F. PETERS, *Die Ablehnungserklärung des Gläubigers* (in JR 1998, p. 190), sustentando um ponto de vista oposto ao de OETKER, não considerava vinculativa essa declaração, mas meramente preclusiva da pretensão de cumprimento. A este propósito diga-se, *en passant*, que, entre nós, face à redacção do artigo 808.º, n.º 1, ANTUNES VARELA (in RLJ, ano 128.º, pp. 119 e 138, notas 1, em anot. ao acórdão do STJ, de 2 de Novembro de 1989), para lá de defender, fracassada a interpelação cominatória, que o credor conserva o direito à “realização coactiva da prestação”,

um comportamento do devedor que seja (mais rigorosamente) subsumível a uma violação irremediável ⁽¹³²⁾.

A questão essencial que a ausência de uma escolha vinculativa e significativa por parte do credor coloca é a de saber se o devedor, depois de ter alertado o credor para o perigo sério de o contrato não vir a ser cumprido, pode aproveitar-se do silêncio e da inacção do último. Parecendo certo que o devedor não pode retirar desse silêncio uma qualquer aceitação do seu comportamento, nem ver na inércia do credor uma genérica conduta contra a boa fé, também será difícil submeter ao controlo da *Verwirkung* o exercício dos direitos do credor após a espera infrutífera.

Quanto à resolução e à pretensão indemnizatória autónoma ou cumulável com aquela, o problema que se levanta contende com o agravamento dos danos nos casos em que o credor, podendo e “devendo” tê-lo feito, não reagiu efectivamente à declaração do devedor (não o demoveu da sua atitude, nem exigiu garantias de cumprimento, nem manifestou a vontade de um cumprimento coactivo) ou apesar de certa reacção (por ex., manifestando o interesse de não querer mais o cumprimento) não concretizou num prazo razoável essa opção, resolvendo o contrato ou pedindo uma indemnização. Não alterando o devedor a sua posição, nem indiciando poder vir a cumprir, é de questionar quem deve suportar esse *plus* de uma indemnização compensatória mais agravada ou de uma contratação de cobertura feita em condições mais onerosas. Recairá sobre o credor, transcorrido um prazo razoável de “reflexão” ⁽¹³³⁾, um ónus de contenção do dano, ao correr o risco de uma mais que provável “ratificação” da declaração do deve-

entende que nem sequer fica o interpelante vinculado à sua declaração de ir resolver o contrato.

No actual quadro de soluções do BGB é de assinalar que o § 323 confere o direito de resolução, transcorrido o prazo da interpelação cominatória, mesmo que o credor não tenha feito a declaração de recusa. Esse mesmo normativo (§ 323 VI) preclui a resolução nos casos em que o credor tenha tido culpa exclusiva ou preponderante no incumprimento.

⁽¹³²⁾ Atente-se, contudo, na possibilidade, defendida na nossa mais alta instância judicial, de o credor poder prevenir esse estado de coisas (no caso sobre que recaiu o acórdão do STJ, de 11 de Novembro de 1997, *in* BMJ n.º 471, pp. 304 e ss., tratou-se de conferir legitimidade a um promitente-comprador para requerer uma providência cautelar não especificada contra um promitente-vendedor, tendente a proibir este último de alienar o prédio prometido vender. No acórdão do mesmo tribunal, de 5 de Março de 1996, *in* CJ IV, I, p. 115, a verificação de certas circunstâncias conduziu a que se considerasse abusiva a alienação feita pelo promitente vendedor.

⁽¹³³⁾ Ver, *supra*, nota 72, para a solução consagrada no Projecto do código europeu dos contratos e que, aliás, nos parece algo rígida.

dor? Ou será abusiva a pretensão do devedor de querer pagar uma menor indenização?

C. FERREIRA DE ALMEIDA ⁽¹³⁴⁾, sustentando não só que o nosso sistema ignora o “dever” de contenção do dano, mas também que o artigo 570.º é inaplicável ao credor por ausência de culpa na sua inércia, defende que “não pode... o devedor pretender que a indenização se restrinja aos prejuízos que o credor sofreria se tivesse agido imediatamente”. Salvo o devido respeito, discordamos em parte dessa posição, na medida em que a atitude do credor, concausa do agravamento dos danos, pode não ser legítima no quadro circunstancial colocado acima, isto é, quando, estando consciente da quase certa confirmação da intenção do devedor, não se mostrou interessado em demovê-lo, nem exigiu quaisquer garantias, podendo ter evitado os maiores danos mediante a resolução do contrato e uma nova contratação feita em condições menos onerosas. Consequentemente, a omissão do credor — mesmo quando o incumprimento não seja certo — sendo fruto de uma decisão devidamente ponderada poderá ficar submetida ao quadro normativo do artigo 570.º, n.º 1 ⁽¹³⁵⁾, de nada valendo o argumento de que o prazo de cumprimento ainda não se esgotara ⁽¹³⁶⁾. O que será necessário é demonstrar que o credor foi negligente nesse silêncio ou nesse não exercício tempestivo, “especulando” com a situação, ao não aproveitar uma altura favorável para revender com lucro ou evitar as perdas decorrentes de uma compra ou locação feitas em condições mais agravadas.

Dir-se-á, em suma, que a inércia “qualificada” pode sujeitar o credor a um indesejável cumprimento no vencimento, como o sujeita à invocação

⁽¹³⁴⁾ Cit., p. 315.

⁽¹³⁵⁾ Ver o nosso *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, 1997, pp. 659 e ss., para o sentido, conteúdo e limites da contenção dos efeitos danosos. Para a atenuação do prejuízo, ver os artigos 77.º da Convenção de Viena de 1980 sobre a compra e venda internacional, 7.4.8. dos Princípios UNIDROIT e 9:505.º dos Princípios de direito contratual europeu. Para o comentário àqueles primeiros preceitos, outras considerações à volta do artigo 1227.º, n.º 2, do *Codice Civile* e para a decisão do tribunal de Roma, de 22 de Janeiro de 1975, a propósito da extinção antecipada do arrendamento pelo inquilino, ver A. PINORI, *Il danno contrattuale*, 1998, pp. 398 e ss. e 433 e ss.

Para as questões do *duty to mitigate* no direito americano, ver S. DI PAOLA, *Il “dovere” di non aggravare il danno: spunti per una rilettura*, in FI I, 1984, 2825 e ss.

⁽¹³⁶⁾ Contra a invocação do § 254 com base na “primazia da pretensão de cumprimento”, ver U. HUBER, cit., p. 625.

da excepção do agravamento do dano por ter resolvido o contrato ou pedida uma indemnização em condições menos favoráveis. O que o devedor não pode, por abusivo ⁽¹³⁷⁾, é colocar a sua atitude ao serviço de uma forma “inteligente” de “gerir” a seu belo prazer o montante da indemnização e o momento mais adequado da resolução. Naturalmente que nem sempre será fácil encontrar o ponto de equilíbrio entre a necessidade de valorar o comportamento (com dano para o devedor) do credor e de evitar um aproveitamento (em prejuízo do credor) pelo devedor “infiel” da sua própria “torpeza”.

5.2. A (típica) tutela resolutiva e indemnizatória

Atendendo à perda de funcionalidade do vínculo existente, se o credor pretender tornar irretractável a opção do devedor deverá exercer um direito de resolução ou pedir uma indemnização. A dúvida que surge, em geral, e que aqui não vamos tratar, é a de saber se esses meios de tutela tem por pressuposto a conversão da relação contratual “perturbada” (por uma clara e definitiva intenção de incumprimento) numa “relação de liquidação” ⁽¹³⁸⁾ ou se eles geram, como nos parece ser aqui o caso, essa mesma “liquidação”. Alguns dos nossos juristas e a jurisprudência ⁽¹³⁹⁾, bem

⁽¹³⁷⁾ Cfr. o princípio que aflora no artigo 275.º, n.º 2, do CC. Ver também, *supra*, n.º 3.

⁽¹³⁸⁾ A fundamentação contratual do direito de resolução corresponde, segundo BRUNO SCHMIDLIN, *La risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullità ex tunc al rapporto di liquidazione contrattuale*, in Europa e diritto privato, 4, 2001, pp. 825 e ss., a uma visão moderna do instituto, presente, por ex., na Convenção de Viena e nos Princípios de direito contratual europeu, e distante dos modelos assentes na dogmática jusnaturalista e pandectística. Como se sabe, o regime da resolução, tal como está codificado entre nós, filia-se basicamente nessa última referência.

⁽¹³⁹⁾ Como vimos, *supra*, n.º 1, VAZ SERRA, no seu articulado sobre a mora do devedor (BMJ n.º 48, p. 308), propunha a dispensa da fixação de prazo sob condição de o credor ter obtido a confirmação da atitude do devedor (artigo 21.º, n.º 1). Para o sufrágio actual desse pensamento nuclear, ver CALVÃO DA SILVA, *Sinal...*, cit., p. 104, BAPTISTA MACHADO, in RLJ, ano 118.º, cit., p. 332, nota 35, C. FERREIRA DE ALMEIDA, cit., pp. 314-315 (considerando “abusiva” a invocação pelo devedor do artigo 808.º), e RAÚL GUICHARD/SOFIA PAIS, cit., p. 317. Expressamente em sentido contrário, não abdicando da “intimação admonitória”, ver JANUÁRIO GOMES, cit., p. 17. Quanto à jurisprudência, ver, entre outros, os acórdãos do Supremo de 3 de Outubro de 1995, cit., *supra*, nota 23, de 24 de Outubro de 1995, cit., *supra*, nota 46, e de 26 de Janeiro de 1999, cit., *supra*, nota 15.

como a doutrina estrangeira mais significativa⁽¹⁴⁰⁾, além de entenderem que a declaração do devedor supre a falta de interpelação, sustentam que a opção resolutiva concedida, em regra, com base na técnica da “ficção dos antecedentes”⁽¹⁴¹⁾, dispensa o credor dos ónus (patentes no artigo 808.º do nosso Código) de provar a perda de interesse ou de fixar um prazo razoável mas peremptório, ónus esses de observância normal para converter a mora em incumprimento definitivo. Se, no concernente à perda do interesse na prestação, entendemos que não é possível abdicar sempre de uma valoração objectiva, que a declaração só por si é incapaz de demonstrar, já concordamos com a asserção de que a nota forte da declaração, isto é, o seu tom definitivo e peremptório, dispensa a interpelação admonitória do credor por esta carecer da finalidade de outorgar uma última oportunidade ao devedor⁽¹⁴²⁾. Assim como o devedor, que recuse cumprir categoricamente após ter entrado em mora, “manifesta” tacitamente uma renúncia ao benefício constante do artigo 808.º, também não tem sentido forçar o credor a uma interpelação tida liminarmente por inútil, sobretudo se procurou obter a confirmação da intenção do devedor⁽¹⁴³⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ Para a dispensa do *Nachfrist*, previsto na anterior redacção do § 326 I do BGB (e actualmente nos §§ 281 II e 323 II), a partir de uma redução teleológica ou de uma interpretação restritiva, ver, respectivamente, GERNHUBER, *Die endgültige...* cit., p. 156, e STAUDINGER/H. OTTO, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12.ª ed., 1979, § 326, n.º 135. Cfr., igualmente, LARENZ, cit., p. 365, nota 8, ESSER/SCHMIDT, cit., p. 120 (com o apoio da solução simplificada prevista, no § 295 do BGB, para a recusa do credor em receber a prestação), e FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 7.ª ed., 1985, § 45, p. 254.

Se no Código Civil holandês são importantes os artigos 6:80.º, n.º 1, e 83.º, no direito suíço o fundamento normativo para a desnecessidade da fixação do prazo razoável encontra-se no artigo 108.º, n.º 1, do Código de 1911 (cfr. W. WIEGLAND, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht — Obligationenrecht I — Art. 1 — 529 OR*, 1992, p. 579). A questão é menos nítida na doutrina italiana dada a autonomia das hipóteses previstas nos artigos 1453.º e 1454.º do *Codice*. Como quer que seja, parece-nos que se o credor pretender recorrer à faculdade da *risoluzione su diffida*, não tendo obtido previamente uma confirmação da recusa, não poderá prescindir da fixação do prazo razoável (para a defesa de uma aplicação “adaptada” do artigo 1454.º, ver MURARO, *in RDC II*, 1965, cit., p. 148).

⁽¹⁴¹⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira*, 11.ª ed., 2001, p. 503.

⁽¹⁴²⁾ Segundo OETKER, cit., p. 1032, o ónus da fixação é um “privilegio” do credor ao serviço da “primazia do cumprimento relativamente à liquidação contratual”.

⁽¹⁴³⁾ Nos casos de cláusulas (*maxime* em contratos pré-formulados como os contratos de seguro) com prazos peremptórios já fixados é duvidoso que a declaração do segurado possa fazer antecipar a prevista resolução automática.

Por outro lado, e quanto à necessidade de uma tutela imediata, fazer esperar o credor, a coberto do argumento lógico de que o prazo ainda não se venceu, representaria a prevalência da visão estrutural da obrigação sobre a “dialéctica dos interesses em jogo”⁽¹⁴⁴⁾, obstando à reacção enérgica do credor para evitar, através de negócios de cobertura, danos irreparáveis⁽¹⁴⁵⁾. Mesmo no tocante ao pressuposto da gravidade do fundamento resolutivo, a conduta (*lato sensu*) do devedor é grave, na medida em que manifesta uma vontade deliberada de não cumprir, embora, em regra, sem um desejo de prejudicar intencionalmente o credor.

Pode questionar-se se o devedor não terá a faculdade de fixar ao credor um prazo razoável para que exerça o direito de resolução, sob pena de só o poder fazer sujeitando-se aos pressupostos normais do artigo 808.º O ponto é discutido na doutrina alemã⁽¹⁴⁶⁾, existindo, quanto a nós, obstáculos para a aplicação do artigo 436.º, n.º 2, se pensarmos na ausência do seu pressuposto rigoroso de aplicação, ou seja, a existência de uma “reserva de resolução” conferida por cláusula expressa ou *ad nutum*. Efectivamente, a natureza da “perturbação” em causa não deve permitir ao devedor tomar a iniciativa das coisas, “forçando” o credor ao exercício deste ou daquele direito e vinculando-o à sua falta de resposta, de modo a retirar benefícios de uma situação a si atribuível. Aliás, seria estranho que o devedor pudesse pedir a “colaboração” do credor com o escopo de condicionar as suas próprias opções. Mesmo que a finalidade da iniciativa tivesse apenas a ver com a manutenção ou não da possibilidade de o devedor ainda vir a cumprir, pensamos que o credor, não querendo receber a prestação, não deixará, em regra, de o declarar ao devedor. Nesta última hipótese, de recusa do credor em aceitar o cumprimento, é que talvez se possa justificar que o devedor fixe um determinado prazo para o credor resolver ou não o contrato.

Sendo exercido o direito de resolução pelo credor, de modo a permitir a recuperação do já prestado ou a liberação da contraprestação, legitimando a eventual contratação de cobertura a sua eficácia é imediata (e não diferida para a data originária do vencimento), podendo o credor formular

⁽¹⁴⁴⁾ A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in ED XL, p. 1314.

⁽¹⁴⁵⁾ Ver o exemplo de MURARO na p. 283 do artigo cit., RDC I, 1975.

⁽¹⁴⁶⁾ Ver a diferente posição de GERNHUBER (cit., pp. 157-158) e de LESER (cit., p. 657), aplicando este último o “pensamento” contido no antigo § 355 (actual § 350) do BGB, fonte do artigo 436.º, n.º 2. A propósito do artigo 436.º, n.º 2, ver o nosso *A resolução do contrato do direito civil – Do enquadramento e do regime*, 1982, pp. 168-169.

uma pretensão indenizatória com um determinado conteúdo. E dizemos assim porque, como se sabe, o pensamento dominante nacional tende para a indenização do interesse contratual negativo, enquanto a doutrina minoritária⁽¹⁴⁷⁾, certa legislação convencional⁽¹⁴⁸⁾ e os estudos legislativos mais modernos⁽¹⁴⁹⁾ propendem para uma certa indenização “positiva”. Como os danos a reparar se prendem com o incumprimento de contratos com terceiros, a frustração das utilidades de utilização/negociação da prestação, o “esvaziamento” do valor patrimonial do crédito pecuniário recusado (por ex., cessão abortada ou sujeita a um preço menor) e com contratos de cobertura mais onerosos, não se estranha, por ex., que alguma legislação confira concretamente ao credor, que venha a recorrer a esses negócios de substituição, o direito a ser compensado da diferença entre o preço fixado inicialmente e o preço acordado nesses contratos. Relativamente ao momento relevante para calcular os danos globais ou os danos relacionados com as contratações de cobertura, parece razoável fixá-lo não na data da recusa ou do vencimento, mas na altura — que pode ser imediata — em que o credor reage concretamente à declaração/comportamento do devedor, rejeitando o cumprimento primário do contrato. Como vimos, o conteúdo desse pedido indenizatório do credor poderá ficar sujeito ao “filtro” do artigo 570.º, atendendo ao ónus de contenção que recai em certos termos

⁽¹⁴⁷⁾ Ver, por todos, BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da resolução por incumprimento e A resolução por incumprimento e a indenização*, in *Obra Dispersa*, I, 1991, respectivamente, pp. 175 e ss. (*maxime* 181-183) e 195 e ss. Por último, para a doutrina dominante, ver MENEZES LEITÃO, *cit.*, pp. 259-260. No nosso direito constituído, cremos que, pelo menos, a indenização pelo valor, prevista no artigo 442.º, n.º 2, do CC, e que pressupõe a resolução, é uma determinada indenização pelo interesse positivo.

⁽¹⁴⁸⁾ Referimo-nos aos artigos 74.º e ss. da Convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Para uma sinopse da doutrina nacional e para a constatação da inequívoca opção por uma indenização dos danos positivos, ver M. ÂNGELA COELHO/RUI MOURA RAMOS, *Os meios à disposição do comprador, no caso de violação do contrato pelo vendedor, na Convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*, in *RDE* 8 (1982), pp. 91 e ss. e a nota 22.

⁽¹⁴⁹⁾ Pensamos nos artigos 7.3.5. (o n.º 2 afirma categoricamente que são indenizados os danos do incumprimento), 7.4.5. e 7.4.6. dos Princípios do UNIDROIT, nos artigos (semelhantes) 9:501.º, 9:506.º e 9:507.º dos Princípios de direito contratual europeu e, mais recentemente, no novo § 325 do BGB (cfr. HANSJÖRG OTTO, *cit.*, p. 10, e SONJA MEIER, *Neues Leistungsstörungenrecht: Anfängliche Leistungshindernisse, Gattungsschuld und Nichtleistung trotz Möglichkeit*, in *Jura* 3/2002, pp. 195-196).

sobre o credor ⁽¹⁵⁰⁾. Como quer que seja, o critério fixado não deixa de tutelar o devedor ao “pedir-se” ao credor que conclua esses contratos de cobertura num prazo breve e em termos razoáveis.

5.3. A (menos típica) tutela conservatória do contrato e a questão da alegada perda do benefício do prazo

GERNHUBER ⁽¹⁵¹⁾ considera “evidente” a possibilidade de o credor recorrer à acção de cumprimento desde que se mantenha a possibilidade material e jurídica da prestação, sob pena de o devedor provocar uma espécie de “expropriação unilateral do crédito”. Só que, exceptuando a hipótese mais interessante da execução específica do contrato-promessa fundada na circunstância de um dos promitentes ainda manter interesse no cumprimento ⁽¹⁵²⁾ — eventualmente assegurado com o recurso prévio às providências cautelares — o recurso à tutela conservatória não se apresenta como mecanismo atraente mesmo que o credor pressione o devedor renitente com uma sanção pecuniária compulsória.

A viabilidade do recurso imediato a essa forma de tutela parece presupor, contudo, que o devedor, com a sua atitude, perca o benefício do prazo ou que seja defendido um incumprimento antecipado. E é, por isso, que

⁽¹⁵⁰⁾ Se, apesar da resolução, o credor não tiver realizado um contrato de substituição, o artigo 7.4.6. dos princípios UNIDROIT toma como referente o preço corrente à data da resolução (no mesmo sentido o artigo 9:507.º dos Princípios de direito contratual europeu).

Como informa E. CONTINO, cit., pp. 250-251, nota 17, o direito anglo-saxónico, no caso *Phillpotts v. Evans*, firmou o princípio de que a recusa antecipada por parte do vendedor (tratou-se de um fornecimento de carvão) confere ao comprador o direito a ser indemnizado em função do preço de mercado em vigor no dia em que provavelmente o contrato teria sido executado. Ao lado deste critério, também se entende que serão de excluir os danos que o credor poderia ter evitado (ver, *supra*, 5.1.) e que o fim da indemnização deverá ser o de colocar o credor na situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido. Para a diferente e mais correcta valoração do momento em que o credor faz valer os seus direitos e para a possibilidade do vencimento imediato da indemnização (com inclusão dos lucros cessantes) mesmo sendo a recusa declarada antes da exigibilidade, ver U. HUBER, cit., pp. 632 e ss. (com a atribuição ao devedor, por causa da liquidação antecipada, do direito a uma certa compensação).

⁽¹⁵¹⁾ Cit., p. 155.

⁽¹⁵²⁾ ALMEIDA COSTA, cit., p. 391, nota 1 (cfr., igualmente, a RLJ, ano 124.º, pp. 94-96, em anot. ao estranho acórdão do STJ, de 8 de Novembro de 1988) ao que cremos, e contra o posicionamento de ANTUNES VARELA, não admite a execução específica do contrato-promessa fundada numa recusa categórica de cumprimento.

C. FERREIRA DE ALMEIDA, ao relevar apenas a “desconsideração do vencimento”, e pese a alusão ao interesse que o credor tem numa reacção imediata (153), entende não ser “admissível recorrer à via da execução específica antes da data do vencimento” ou que — o que não é bem a mesma coisa — sendo intentada a acção antes do vencimento não pode “a execução ... antecipar os efeitos que do cumprimento voluntário derivariam” (154). Ao optar por uma perspectiva assente nesta última ficção, fruto da distinção subtil entre “desconsideração” e antecipação (do vencimento), o ilustre jurista manteve-se fiel à sua linha de pensamento, outorgando ao devedor a possibilidade da invocação (não abusiva) do benefício do prazo. O que dizer deste ponto de vista?

Para nós, e de acordo com a perspectiva que defendemos acerca do enquadramento teórico da recusa de cumprimento, a questão em apreço só se justifica como problema teórico, na medida em que o recurso imediato à acção de cumprimento é justificado por aquela mesma teorização. No tocante a este ponto, a doutrina italiana dominante (155), baseando-se no teor taxativo do artigo 1186.º do *Codice Civile*, ao sustentar que a recusa de cumprimento não implica perda ou renúncia ao benefício do prazo, entra em querela com os juristas (156) que recorrem à via análoga para chegar a uma conclusão diferente, com o argumento de que também aqui se verifica o fundamento em que repousa aquele normativo, ou seja, a tutela do credor face a alterações económicas que tornem o cumprimento pouco provável.

(153) Ver, respectivamente, as pp. 317 e 312 do estudo cit. A leitura da p. 309, na crítica movida a MENEZES CORDEIRO, deixa-nos, contudo, algo confusos quanto à exacta doutrina do jurista (ver, no entanto, a nota seguinte).

(154) Cit., p. 316. Aí, C. FERREIRA DE ALMEIDA afirma que, para haver perda de benefício do prazo, tem que se associar à declaração algum dos fundamentos previstos no artigo 780.º (cfr., no mesmo sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ, cit., p. 136).

(155) Ver U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, 1974, pp.138-139, TARTAGLIA, cit., pp. 26-27, FRAGALI, cit., p. 302, ZANA, cit., p. 1392, MURARO, in RDC I, 1975, cit., p. 252, BIGLIAZZI/GERI, cit., pp. 260 e ss., e E. CONTINO, cit., pp. 260-262 (reservando o caso de, após a declaração, o devedor cair em insolvência por enfraquecimento voluntário do seu património).

(156) Cfr. PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, 1955, p. 112, MOSCO, cit., pp. 37-38, nota 3 (bis), DISTASO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo legale a contrarre*, in RDCDO, 1972, p. 192, nota 62, RAVAZZONI, cit., p. 907, e BIANCA, *La responsabilità*, 4, cit., p. 223, e 5, pp. 97-98 (retirando o incumprimento desse artigo 1186.º). Ver, igualmente, na doutrina alemã, FRIEDRICH, cit., p. 178 (com a interpretação extensiva do § 271 I, correspondente ao nosso artigo 779.º, n.º 1) e, para a posição contrária, U. HUBER, cit., pp. 577-578.

Tomando por pano de fundo o nosso direito positivo, se o quadro legal dos artigos 780.º, 781.º e 934.º não favorece uma interpretação tendente à integração da nossa hipótese ⁽¹⁵⁷⁾, também é certo que não há razões fortes que apontem para um *ius singulare* e para a consequente exclusão do procedimento analógico. Mas também não se afasta uma leitura não centrada em exclusivo sobre os argumentos patrimoniais se pensarmos que a hipótese descrita no artigo 781.º está sintonizada com um incumprimento sintomático aparentemente não tão grave como o da declarada intenção do devedor. E se, nos casos legais, a possibilidade de o credor poder exigir imediatamente o cumprimento se sintoniza com uma perda de confiança na capacidade de cumprimento do devedor, parece-nos que esse temor é potenciado quando o próprio devedor se torna “suspeito”, isto é, reconhece e manifesta, por vontade sua ou conduta material, essa mesma incapacidade. Se é certo que a declaração em si não se repercute sobre a situação patrimonial ⁽¹⁵⁸⁾ do devedor, também é verdade que o credor é confrontado objectivamente com a força subjectiva da intenção revelada. E a ser possível, como cremos, esta extensão teleológica, dela também beneficiará o artigo 429.º, de modo a justificar a *exceptio* por parte do credor, obrigado a cumprir antes do devedor ⁽¹⁵⁹⁾.

Mesmo que não seja sustentável o alargamento defendido e mesmo que a acção de cumprimento se justifique pela conduta violadora do devedor, parece-nos que a perda do benefício do prazo se legitima no plano dos princípios na medida em que uma declaração categórica enfraquece gravemente o sentido desse *favor debitoris*. E se o credor não quiser exigir imediatamente o cumprimento, há que entender que também não pode recusar um cumprimento posterior — com interesse ou não para si — não sendo abusiva a invocação de um benefício de que o credor abdicou ⁽¹⁶⁰⁾.

Março de 2002

⁽¹⁵⁷⁾ Como se sabe, entre nós, PESSOA JORGE, cit., p. 297, defende uma sua interpretação taxativa, enquanto MENEZES CORDEIRO, in ROA cit., p. 143, sustenta a antecipação do prazo de vencimento por renúncia ao benefício e MENEZES LEITÃO, cit., p. 230, advoga directamente a perda do benefício do prazo.

⁽¹⁵⁸⁾ Já um comportamento concludente (por ex., doação de bens) poderá vir a gerar uma situação de insolvência directamente conducente à perda do benefício do prazo.

⁽¹⁵⁹⁾ Para uma interpretação correctiva do artigo 429.º, no sentido de lhe conferir um alcance maior do que aquele que está contido na sua remissão, ver VAZ SERRA, in RLJ, ano 108.º, pp. 154 e ss., em anot. ao acórdão do Supremo, de 26 de Abril de 1974.

⁽¹⁶⁰⁾ Ver, mais detalhadamente, *supra*, n.º 3.

SIGLAS

- AcP — Archiv für die civilistische Praxis
BFDUC — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGB — Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão de 1896)
BGH — Bundesgerichtshof (Tribunal Federal alemão)
BMJ — Boletim do Ministério da Justiça
CC — Código Civil de 1966
CeIm — Contratto e Impresa
CJ — Colectânea de Jurisprudência
DJ — Direito e Justiça
ED — Enciclopedia del Diritto
JBl — Juristische Blätter
JR — Juristische Rundschau
Jura — Juristische Ausbildung
JuS — Juristische Schulung
JZ — Juristische Zeitung
FI — Il Foro Italiano
NDI — Novissimo Digesto Italiano
Qua — Quadrimestre
RCDP — Rivista Critica di Diritto Privato
RDC — Rivista di Diritto Civile
RDCDO — Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni
RDE — Revista de Direito e Economia
RE — Relação de Évora
RG — Reichsgericht (antigo tribunal do Reich)
RLJ — Revista de Legislação e de Jurisprudência
ROA — Revista da Ordem dos Advogados
RP — Relação do Porto
RTDPC — Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
STJ — Supremo Tribunal de Justiça
TJ — Tribuna da Justiça