

Crítica ao paradigma da mora do devedor, por referência à perda de interesse do credor. Perspectiva de Análise Económica

Nuno Serrão Faria

Advogado Estagiário

JusJornal, N.º 1564, 8 de Novembro de 2012

JusNet 136/2012

«Economic analysis necessarily produces a theory of law that responds to the parties who make contracts, rather than a dogmatic theory of law that elevates ideas above interests»,

Robert Cooter & Thomas Ulen

INTRODUÇÃO

O número de acções cíveis declarativas instauradas, em Portugal, que têm por objecto *pedidos de cumprimento de dívidas* tem, ao longo dos últimos anos, sido muito apreciável! (1) . À parte as tendências comportamentais dos agentes envolvidos na contratação (algo que a outros ramos do saber poderá interessar estudar), podemos encontrar na nossa lei respostas que expliquem aquele número. Intuitivamente, podemos cogitar que ela tolera (ou não desincentiva) esse incumprimento e que incentiva (ou não desincentiva) o recurso aos tribunais para discutir o incumprimento. O certo é que o esquema de *conversão da mora em incumprimento definitivo*, consagrado na nossa lei, tem sido, desde sempre, objecto de aturadas reflexões jurídicas – pelo choque que representa entre a manutenção do *status quo* e a desvinculação da relação contratual – e pode estar na base da avultada litigância neste campo. Em virtude do que nos parece que a mora é um modelo jurídico que pode e deve ser pensado ao nível das suas implicações práticas.

No domínio contratual, mas não só, as estruturas jurídicas carecem de ser analisadas e compreendidas por uma visão multidisciplinar – que compreenda a realidade judiciária, por um lado, mas que acima de tudo seja sensível perante as conclusões a que ciências auxiliares do Direito podem conduzir. A Análise Económica do Direito tem, neste contexto, se revelado uma disciplina capaz de encetar uma perspectiva pragmática e de eficiência, ou ao menos de lançar bases de reflexão sobre ela, em abandono do tradicional pensamento puramente formal e abstracto, oferecendo um retrato próprio do sistema legal (2) . O contributo é dado a dois níveis: quanto à eficiência comparativa dos diversos direitos (ou remédios) postos à disposição pela lei, e quanto aos incentivos que estão na base das escolhas (das ferramentas legais) que os agentes económicos a todo o tempo tomam.

O posicionamento crítico sobre a moldura jurídica da *mora do devedor* e da *resolução dos contratos*, nas suas diversas e aliciantes tensões, constitui o núcleo duro do presente texto (3) . A proposta é a de ensaiar um modelo capaz de colmatar alguns défices e de limar algumas arestas naquela que é a interpretação (de inspiração fortemente doutrinária) que é hoje solidamente assumida na jurisprudência. A solução testada a final é necessariamente um esboço, uma primeira tentativa de construção daquilo que pode ser um modelo alternativo,

desenhando-lhe as bases e experimentando concretizações (4) . A nossa linha de orientação é a de questionar as bases em que assenta o mecanismo de distribuição dos dois remédios identificados, relacionados com o incumprimento dos contratos. O objectivo é *ponderar um esquema legal equilibrado, ao nível da sua eficiência e equidade, e que, se possível for, na soma de tudo, possa contribuir para a redução da litigância judicial em torno desse incumprimento*. Não se trata, evidentemente, de instrumentalizar o quadro legislativo a este escopo, mas de o pensar – em respeito pela metodologia de análise que reclama – para além da palavra escrita. Tudo, porque nos parece que, mais do que teorizar em abstracto as fórmulas legais, é conveniente averiguar como elas funcionam na realidade, de modo a extrair conclusões *a posteriori* a partir da observação do seu funcionamento *in concreto* (5) .

Capítulo 1 – ENUNCIÇÃO DO PROBLEMA: Mora e direito de resolução

I. A mora do devedor é um instituto jurídico consagrado no Código Civil, nos arts. 804.º a 808.º, e caracteriza uma estrutura organizada de normas destinada a regular as situações de retardamento culposo no cumprimento de obrigações contratuais (certas, líquidas e exigíveis). A constituição do devedor em mora pressupõe que estejamos perante um verdadeiro atraso, o que vale por dizer que o cumprimento tardio tem de ser material e juridicamente possível (cfr. art. 804.º, n.º 2). Assim, só existe mora se e enquanto a prestação for exequível, em termos materiais, no futuro e o credor mantiver interesse na sua realização (6) . A inviabilização física da prestação e a frustração do interesse do credor permitem, então, converter o estado do incumprimento de transitório em definitivo, colocando por essa via termo à mora. Esta conversão redundante, por efeito legal (cfr. parte final do n.º 1 do art. 808.º), embora com forte contributo doutrinário (7) , na equiparação do incumprimento à *impossibilidade definitiva de prestação* (cfr. art. 801.º). Em suma, pressupostos centrais da mora são a situação de incerteza (relativamente ao *quando* do cumprimento) e a possibilidade sanatória do incumprimento, a que acresce a formulação de um juízo de imputação do atraso a uma conduta culposa do devedor (8) . Para que o prolongamento da indefinição não seja prejudicial ao credor, a mora está dotada de um conjunto de ferramentas que visam, a bem do equilíbrio de posições, protegê-lo. Fá-lo, como não podia deixar de ser, onerando em contrapartida a posição do devedor. De duas maneiras: imputando-lhe a responsabilidade indemnizatória por danos causados pelo atraso no cumprimento (cfr. art. 804.º, n.º 1) (no caso das obrigações pecuniárias, a indemnização consiste na remuneração normal do capital – os juros –, pelo que independe da ocorrência efectiva de danos (9) – cfr. art. 806.º) – a chamada *indemnização moratória* (10) ; imputando-lhe o risco da impossibilidade da prestação, o que faz com que responda objectivamente (isto é, independentemente de culpa) pelos prejuízos daí decorrentes (art. 807.º) (11) .

II. A resolução do contrato decorre do exercício de um *direito potestativo e extintivo* (de uma relação contratual). Legalmente consagrado e densificado nos arts. 432.º a 436.º, configura um instituto central do Direito das Obrigações, e tem nos contratos com obrigações sinalagmáticas o seu campo por excelência de actuação. O titular do interesse tutelado pela atribuição legal do direito de resolução pode exercê-lo, associando-lhe a sua vontade, e manifestando-a verificadas que estejam as condições que a lei estipular para o seu exercício. Os seus efeitos – a "destruição" de um contrato validamente contraído, com restabelecimento do *status quo ante, i.e.*, das circunstâncias nas quais se encontravam as partes antes da celebração do contrato – activam-se mediante uma declaração do seu titular à contraparte (art. 436.º, n.º 1), sem necessidade de recurso ao tribunal (12) .

III. A resolução representa, para além disso, um direito de exercício *vinculado* (13) , no sentido em que a lei prevê as circunstâncias que têm de estar reunidas para que o seu exercício tenha

lugar e os seus efeitos se produzam em plenitude. A possibilidade do seu exercício está, portanto, condicionada à verificação de um *facto posterior à celebração do contrato* (14) . A exigência com que as fontes portuguesas têm moldado o fundamento da resolução, como veremos adiante, explica-se pela tentativa de a conter a níveis muito limitados. Este posicionamento de contenção assenta numa sobrevalorização das suas consequências nefastas, *maxime* ao nível da retroactividade (15) . Neste sentido, a manutenção do contrato visa satisfazer *propósitos de segurança jurídica*. Explica-se, por outro lado, por uma questão de lealdade e rectidão negocial (16) . A exigência de um grau de gravidade para que a resolução seja admitida radica, pois, também na pretensão de evitar que o credor se desvincule do contrato, por este – p. ex., devido a flutuações do mercado, ocorridas antes do momento da execução – se ter tornado para ele um mau negócio (17) .

IV. A finalidade central da regulamentação da mora é a de conceder uma *segunda oportunidade de cumprimento* ao devedor, cuja efectivação só é possível mediante uma coarctação temporária do exercício pelo credor do direito de resolução do contrato (18) . A mora está, por isso, fortemente enraizada no *princípio do aproveitamento dos negócios jurídicos*, a que a lei presta homenagem em diversas situações (19) : um contrato cuja alteração no programa contratual seja o *tempo do cumprimento* deve – com as consequências que a lei, a bem do equilíbrio, determina – poder ser mantido. Este enquadramento jurídico permite identificar na titularidade do devedor um *direito ao cumprimento tardio* (20) (21) . Direito este que pode ser doutrinariamente construído por referência à existência de limites à resolução imediata do contrato. Ou seja, o direito ao cumprimento do devedor, que mais não é do que uma extensão teórica do *direito a investir-se em mora* (e consequência jurídica disso), é o reverso do *não direito* de resolução do credor. O credor fica, pois, de certo modo, investido num *dever de esperar o cumprimento (fixando ou não um prazo razoável)* (22) . Vejamos que porção de equidade e eficiência existe em semelhante regime.

V. A Análise Económica associa ao instituto da mora o propósito de manter "viva" uma relação contratual incumprida mas ainda executável, conseguindo por essa via minimizar a perturbação dos processos de troca. Trata-se de aproveitar – ou impedir que se desaproveitem – as despesas, os esforços e os investimentos que foram feitos na contratação (23) . Qualquer negociação envolve, em maior ou menor medida, custos de transacção. Se um contrato se fechou, é porque esses custos foram superados e as partes conseguiram atingir um ponto de comum utilidade (24) . Entre o momento da formação do contrato e o da execução das prestações, decisões podem ter sido condicionadas a esse compromisso, investimentos podem ter sido feitos por referência a essa vinculação, riscos podem ter sido assumidos. Seria, ante este quadro, ineficiente que toda a aquela realidade fosse desconsiderada em razão de um desvio ao programa contratual, quando corrigível no tempo. Assim, a mora tem este sentido de impedir o desaproveitamento do esforço negocial, entravando uma desvinculação automática, na sequência de um atraso, potencialmente danosa e/ou economicamente irracional (25) .

VI. O prolongamento do vínculo contratual por razão da mora pode, no entanto, vir acompanhado de perdas de utilidade, desde logo por não existir a certeza do cumprimento do futuro, nem a garantia desse evento pela parte incumpridora. E pode ser falaciosa a ideia de que a espera não prejudica o credor por a responsabilidade indemnizatória assegurar o ressarcimento de todos os seus danos, quanto mais não seja por esse remédio depender de uma avaliação judicial que é sempre dispendiosa e pode ser deficitária (26) . A mora pode, por outro lado, na medida em que faz incorporar o atraso no cumprimento na álea do contrato, constituir um elemento potenciador de despreocupação com uma execução pontual. Como proposta atenuadora daqueles efeitos desestabilizadores, e na medida em que na mora é de um "aproveitamento" que se cuida, faz sentido aproveitar apenas o que seja realmente

aproveitável. Deve o desvio ao programa contratual, por via disso, conquanto temporal, ser pouco significativo. Se o não for, outras soluções economicamente viáveis surgirão a enfrentar aquela que subjaz à mora. O que quer dizer que a eficiência da mora está (deve estar), de certo modo, condicionada à inexistência de alternativas mais eficientes. Há, portanto, que ponderar a eficiência da concessão de uma segunda oportunidade de cumprimento em função de um conjunto de circunstâncias, desde logo da eficiência da desvinculação. Não se pretende, note-se, que o atraso seja fonte de benefícios injustificados para o credor. Trata-se é de, analisada a lei vigente, perceber, por um lado, se o devedor conta ou não com os correctos incentivos ao cumprimento atempado e, por outro, se o credor pode opor à paralisação da relação outras soluções, sem perda de utilidade para ambas as partes.

VII. Na medida em que o devedor ficará incumbido de ressarcir o credor dos danos que lhe cause em virtude do atraso, poderá dizer-se que o sistema de mora se traduz numa "regra de responsabilidade", em que o "direito inicial" pertence ao devedor (27) . Isto, no sentido em que há uma *permissão de incumprimento temporário com indemnização do credor* (28) . A mora surge, então, configurada como uma "*opção de incumprimento*", como um *direito a incumprir temporariamente, pagando o preço desse ilícito* (29) . Este quadro explicativo ajusta-se perfeitamente às obrigações pecuniárias (30) , mas é configurável em termos gerais (para outros tipos de obrigações) (31) , já que, até que o credor decida interpelar admonitoriamente, o devedor terá a opção de prolongar o incumprimento com sujeição voluntária ao pagamento de uma indemnização puramente potencial e a um risco de agravamento da prestação (estes dois elementos configurando, *in casu*, o "custo do incumprimento" (32) .

VIII. Ao nível dos incentivos (*i.e.*, colocando-nos numa perspectiva *ex ante*), configurando-se os juros moratórios como o "preço" a pagar pelo devedor por incumprir o contrato, é certo que quanto mais elevado for esse "preço do incumprimento", mais intenso será o comprometimento do devedor a cumprir (33) . E, ao invés, quanto mais baixo for esse "preço", menor será o incentivo dado ao devedor para cumprir e, conseqüentemente, maior poderá ser a sua inclinação para incumprir (34) . Ora, a indemnização civil e a inversão do risco por perda ou deterioração da coisa (as conseqüências primeiras da mora) configuram, na maior parte das vezes, um "custo" menor para o devedor já que a "sanção" dificilmente terá um peso suficientemente desincentivador, tal é, desde logo, a possibilidade de ela nunca ser activada (35) . Assim, mais do que um "custo certo", em conseqüência da mora o devedor incorre é num "custo potencial", sendo a sua conduta determinada muito em função da forma como lidar com esse risco (36) .

IX. Bem vistas as coisas, o comportamento que provocou o atraso representa um facto ilícito e, enquanto tal, apela à intervenção do sistema jurídico no sentido de o reprovar. Essa reprovação não é efectivada pela responsabilidade civil, a qual, gravitando sobre um pólo de interesses diverso, nem sempre intervém, e quando intervém é para reprovar um *outro ilícito*, por assim dizer: o "incumprimento danoso", o que acontece independentemente da temporaneidade da sua ocorrência. O *atraso não danoso* não deixa, contudo, de ser, do lado do credor, um evento com potencial lesivo, e, do lado do devedor, um acto desconforme à ordem jurídica. E são estes dois aspectos que legitimam uma intervenção mais incisiva das estruturas jurídicas, nos moldes que mais tarde sugeriremos.

X. Em suma, a inversão do risco e o pagamento de juros ou indemnizações por danos traduzem a pretensão legislativa de dotar o instituto da mora de algum equilíbrio, de modo a não onerar excessivamente o credor. Mas o facto de este poder estar interessado em pôr logo termo ao acordo, e não o poder fazer, mostra a insuficiência dessa tutela face aos seus interesses. O interesse do credor em se libertar do vínculo que o prende ao devedor não fica, logicamente,

assegurado com uma atenuação (puramente teórica) dessa adstricção por via da inversão do risco e da reparação de prejuízos. Assim, é erróneo apoiar a tolerabilidade da mora na ideia de que a mesma, por virtude dos efeitos que produz, ampara, adequada e plenamente, os interesses do credor (37) . Visão que é redutora, ademais por assentar na errada convicção de que devedor e credor mantêm sempre um *interesse* objectivo e consistente numa execução tardia do contrato. Quando, na prática, e objectivamente, um e outro podem tê-lo perdido.

XI. As consequências legais associadas ao atraso podem conduzir a condutas oportunistas, ao menos no sentido em que não incentivam a parte que no momento da formação do contrato sabe (ou prevê com segurança) que terá dificuldades em cumprir atempadamente a revelar essa informação. Os devedores com grande risco de incumprimento tenderão a ocultar essa informação para porventura não desincentivarem a contraparte a celebrar consigo o contrato, ou evitem a alteração do seu preço em seu desfavor (38) ou a previsão de cláusulas resolutivas ou penais. Neste sentido, deveria haver uma preocupação por parte do legislador em forçar os contratantes de alto-risco a identificarem-se como tal na fase pré-contratual (39) . Uma atitude mais incisiva ao nível das consequências do atraso no cumprimento é, neste quadro de análise, recomendável por incentivar as partes à revelação de informação acerca da sua (in)capacidade de cumprimento atempado, conduzindo a uma negociação mais completa, porquanto incidente sobre o risco do incumprimento (40) . Este *information-forcing* quando não adoptado numa primeira fase – a da celebração do contrato – deveria estar presente numa segunda – a da incorrência em mora, agora versando sobre as possibilidades de cumprimento futuro. O vencimento da obrigação deveria, pois, estar acompanhado de mecanismos de revelação de informação e preferências, para que proporcionasse o encetamento de uma fase de renegociação do contrato, um "*fresh start*", no qual as partes (em especial, o devedor) fossem levadas a revelar a sua intenção a respeito da manutenção do contrato e a valorização que atribuem ao cumprimento do (daquele particular) contrato (41) .

XII. O direito de resolução assume, neste contexto, um papel economicamente interessante no plano dos incentivos para as partes. Ele desempenha uma função de garantia para o credor, pois contribui para compelir o devedor ao cumprimento (42) . Se se preferir, ele surge como a sanção que sistema jurídico ameaça activar se o cumprimento não ocorrer nas condições contratualmente fixadas. O que, numa perspectiva *ex ante*, o transforma num poderoso incentivo económico ao cumprimento, já que, disciplinando o devedor, forçá-lo-á a uma criteriosa gestão do risco. Nesta perspectiva, *a abertura do direito de resolução incrementa a garantia do credor quanto ao cumprimento, pois permite compelir o devedor a cumprir atempadamente* (43) . Por outro lado, a desvinculação contratual pode corporizar, em certos casos, uma via eficiente, *maxime* quando permite que, sem perda de utilidade (e, por vezes, com aumento dela) o credor prossiga o seu interesse negocial num contrato alternativo, alcançando, por um mecanismo célere e seguro, uma forma de combater a incerteza relativamente ao cumprimento futuro. Sirva, pois, o direito de resolução para ser efectivamente exercido, ou, ao invés, mas não menos significativamente, para conferir ao credor um poder adicional na (re)negociação dos termos contratuais (designadamente, de um prazo razoável para a nova oportunidade de cumprimento), são claras as suas potencialidades.

Capítulo 2 – ENUNCIÇÃO DO PROBLEMA (cont.): Perda do interesse do credor

I. O mecanismo de conversão da mora em incumprimento definitivo, previsto no art. 808.º (44) , com a consequência do desencadeamento de uma série de efeitos jurídicos, um dos quais a resolubilidade do contrato (45) , encontra-se arquitectado numa harmoniosa conjugação dos interesses (que podem ser antagónicos) de credor e devedor, num alinhamento que se funda,

primacialmente, na manutenção do contrato, mas atento à incomportabilidade de uma transitoriedade perpétua. A pedra de toque que enforma este sistema de conversão é, portanto, uma simbiose de dois interesses: o do devedor em se manter vinculado a um contrato que se atrasou em cumprir e o do credor em colocar termo a um contrato atrasado intoleravelmente (46) .

II. Na indagação do núcleo de situações incorporáveis na fórmula "perda de interesse do credor", e a despeito de ligeiras flutuações linguísticas, há um núcleo consolidado de desenvolvimentos doutrinários a caminhar num mesmo sentido. A ponto de se poder dizer que a fórmula, sendo *aberta* na sua indeterminação literal (na medida em que não acolhe um critério de valoração do incumprimento), é *fechada* na interpretação/concretização que lhe é emprestada (o critério seguido, doutrinaria e jurisprudencialmente, tende a ser um e restritivo). É na densificação do propósito que animou o legislador na fixação do mandamento de uma apreciação *objectiva* dessa perda (cfr. art. 808.º, n.º 2) que reside, em larga parte, a conclusão pela maior ou menor inclinação do sistema para a tutela dos interesses de uma das partes.

III. O critério legal da objectividade fundou-se no intuito de revestir a perda do interesse do credor de uma *justificação objectiva*, entravando considerações puramente pessoais e subjectivas por parte do credor. O que se percebe, sob pena de a composição dos interesses das partes se estear num juízo arbitrário e necessariamente parcial do primeiro. Deste modo, é desde sempre entendido que a "perda do interesse" há-de ancorar-se em elementos susceptíveis de valoração pelo comum das pessoas (47) . A subtracção aos instintos do credor faz-se, portanto, em nome da estabilidade do sistema e da imparcialidade na avaliação dos interesses. O imperativo da objectividade surge, então, a remeter para cenários de normalidade e para uma leitura imparcial das circunstâncias do caso, ao abrigo de um princípio de segurança jurídica, com o fito de proteger o devedor através do impedimento de exercícios arbitrários do direito de resolução.

IV. Associada a esta construção tem, no entanto, resistido uma outra, que pode caracterizar-se como uma extrapolação para um patamar de considerações de índole mais prática. Tem-se entendido que o desaparecimento do interesse se liga intimamente à frustração das *utilidades concretas que a prestação proporciona ou proporcionaria ao credor* (48) . Assim posto, a perda do interesse do credor traduz-se no desaparecimento objectivo da necessidade que a prestação visava, em conformidade com o programa obrigacional, satisfazer (49) , assim se abarcando os casos em que a prestação, por virtude do atraso verificado, ou deixou de ser materialmente possível ou deixou de revestir *utilidade* para a parte cumpridora. Neste sentido, a perda do interesse pressupõe, atendendo ao revestimento da obrigação, a destruição do *objectivo* do negócio subjacente (50) . Resultado conclusivo evidente desta construção é o de que está negada a possibilidade de imediato exercício do direito de resolução pelo credor, em consequência da mora do devedor, salvos os casos em que a transitoriedade factual do cumprimento manifestamente cesse (51) .

V. Os moldes em que a resolução é entendida como devendo ser ponderada permitem rotulá-la como um expediente de *ultima ratio*, o que atesta que o nosso sistema de mora está construído numa peculiar lógica proteccionista do devedor. O desfavor da lei substantiva para com o credor é agravado em termos processuais pelo entendimento de que o ónus da prova da perda de interesse na prestação pertence ao credor, enquanto facto constitutivo do seu direito de resolução. O credor terá, por isso, de estar em condições de demonstrar que a prestação deslocada no tempo não dá guarida aos seus interesses, por o destituir dos benefícios que razoavelmente esperava por força dela obter; terá de provar um prejuízo

consumado ou, em antecipação, um manifestamente previsível (52) . Nenhuma prova é, ao invés, exigida ao devedor para o reconhecimento do direito a cumprir mais tarde. A legitimidade do seu exercício é artificialmente construída por contraposição à realidade oposta: o facto constitutivo do direito de resolução. Toda a falha apontada na prova pelo credor dos factos constitutivos do direito de resolução tendem a aproveitar à demonstração da prova dos factos constitutivos do direito a oferecer o cumprimento, por assim dizer. Sempre que o *interesse do devedor*, ao invés, persistir, a segunda oportunidade é tolerada e a resolução vedada. Vem agravar o cenário, todavia, o facto de esta subsistência do interesse do devedor não ser aferida em termos objectivos, de forma que bastará ao devedor, para manter "viva" a relação, alegar que quer cumprir mais tarde, sem necessidade de provar o que quer que seja – sem necessidade, designadamente, de prestar qualquer garantia de cumprimento futuro (53) .

VI. A forma de manuseamento dos vários remédios do incumprimento é geralmente conceptualizada entre a doutrina com recurso a uma comparação entre aquilo que podemos qualificar como dois sistemas – o da hierarquia e o da liberdade de escolha (54) . Consoante, já se vê, o credor tenha de seguir um alinhamento definido legalmente ou não esteja condicionado na sua opção, respectivamente. Em sede de mora, arriscar-se-á dizer que o Código Civil, atenta a roupagem do art. 808.º, acolheu o sistema da *hierarquia*. Assim é que o protelamento da relação contratual é um remédio que o devedor pode opor ao credor, sempre que o cumprimento tardio seja material e juridicamente possível, independentemente da sua bondade relativa no contexto de todas as soluções possíveis. Primeiro, doutrinariamente, a resolução assume um carácter excepcional perante a mora – a regra. A resolução é, entre nós, um *remédio patológico*. Depois, e nesse seguimento, quando se discute judicialmente as hipóteses de desvinculação, por referência à dicotomia mora/resolução, a questão fulcral é a de saber se esta última está ou não rigorosamente fundamentada. Se não estiver, a regra prevalece, sem que se trace um quadro comparativo de vantagens e inconvenientes relativamente a cada um dos remédios. Não é, por isso, exigido que o direito ao cumprimento tardio seja um remédio proporcional, bastando a possibilidade fáctica do seu exercício (que se resume à exequibilidade do cumprimento no futuro, na base de um juízo actual e de prognose) para que fique precludido o exercício do direito resolutorio. Em consequência, a resolução é um remédio vincadamente subsidiário, pois que a sua admissão se encontra determinantemente adstrita à impossibilidade (jurídica ou material) do cumprimento tardio. Assim posto, salta à evidência que o Código Civil português impõe que o credor respeite uma sequência lógica, o que sinala, já o sabemos, uma preferência legislativa pelos remédios que propugnam a *manutenção do contrato* (55) . A ideia de que o nosso Código propugna uma hierarquia de remédios surge, outrossim, reforçada pela ideia – discutível – de que a execução judicial não é submetida a qualquer pressuposto, além do atraso puro e simples.

VII. Acontece que a resolução não é sempre patológica e nem sempre é desvantajosa para o devedor (mais do que a espera possa ser para o credor). Se a perda de interesse do credor no contrato tem de ser objectiva, a subsistência do interesse do devedor deverá sê-lo também. E os ónus processuais devem reflectir isso. Por isso é que as circunstâncias do incumprimento e as perspectivas de cumprimento são informação que deveria competir ao devedor trazer a juízo. Se é responsabilidade do credor prover para que o seu interesse seja reconhecido como prevalecente, deveria ser responsabilidade do devedor providenciar para que o seu interesse fosse considerado merecedor de maior tutela.

VIII. Além da explanação das vantagens económicas relativas dos remédios legais (a questão normativa), a L&E preocupa-se em perceber qual é o impacto que as normas produzem no comportamento das partes em termos das suas decisões, em especial a de recorrer à litigância judicial (a questão positiva) (56) . Uma primeira conclusão que retiramos da visita à

jurisprudência é a de que o credor se vê, por variadas vezes, irremediavelmente constrangido a recorrer ao poder coercitivo dos tribunais, não por tal lhe ser legalmente imposto, nem sequer economicamente recomendado, mas por pura inércia do devedor. Tal acontece, com especial frequência, sempre que a resolução declarada pelo credor não surte, por si (*i.e.*, sem a colaboração do devedor), os seus efeitos jurídicos (a restituição do que tiver sido prestado). A ida a tribunal aparece, neste contexto, como um *ónus* do credor, pois que é ele quem, se não tomar essa iniciativa, acatará as consequências negativas, quais sejam as de continuar destituído dos bens que juridicamente lhe pertencem e esperar o cumprimento do que lhe é contratualmente devido.

IX. Nas situações em que o inverso acontece, o devedor também não tem desincentivos em recorrer ao tribunal (57) . Não tem, mormente porque, quando o faz, assenta a pretensão cível na ideia de que não se verificou uma situação de incumprimento definitivo, por o credor não ter cuidado de nela converter a simples mora que, no seu entender, perdura; ou por o credor não ter perdido, *objectivamente*, o interesse na prestação futura (alegando a subsistência da utilidade da prestação); ou, ainda, porque os – não raras vezes, sucessivos – prazos que o credor lhe concedeu não foram acompanhados dos requisitos que seriam exigidos para que fossem considerados como interpelações admonitórias (designadamente a cominação), o que, pelo contrário, revela a persistência do interesse do credor no cumprimento. Apoiado numa ou noutra alegação, sem nada mais acrescentar, o devedor utiliza a acção judicial para *fazer perdurar a incerteza da validade jurídica da resolução declarada pelo credor e, possivelmente, virar a seu favor o desinteresse pelo cumprimento do contrato* (58) . Claro está que a repartição do ónus da prova, desequilibrada como é em desfavor do credor, impulsiona este retrato. O devedor usa dos recursos da justiça para fazer valer pretensões condenadas à partida (59) , na espera de uma decisão que umas vezes é favorável – por incapacidade do credor em superar as exigências de prova que se lhe atravessam (60) –, noutras desfavorável, mas nem por isso desvantajosas (61) . A conclusão que fica, neste particular, é a de que, no contexto do incumprimento contratual, e no que concerne à activação dos remédios que a lei lhe associa, *a nossa jurisprudência* – em parte devido à lei, em parte devido ao labor doutrinário – *não desincentiva a ida aos tribunais*. E não o fazendo, os incentivos privados da parte incumpridora estão desalinhados com aqueles que, tomando em linha de conta todos os elementos, representam a situação socialmente desejável (62) .

Capítulo 3 – CRÍTICA À CONCEPÇÃO VIGENTE

I. A insistência na ideia de que a resolução só se justifica em razão da *quebra do sinalagma* em que o contrato se funda conduz à consideração de que a desvinculação contratual só pode ocorrer se o incumprimento assumir traços de gravidade e seriedade tais que sejam de molde a abalar a estrutura contratual, a ponto de impedir a sua subsistência (63) . Está correctamente engendrada a ideia de que o credor pode resolver o contrato quando a mora do devedor o destitui dos benefícios que visava (ou que é comum visar) obter pela prestação, a partir do momento em que legitimamente se qualifique o alcance desses benefícios como o *fim da prestação* para o credor. Subsiste, no entanto, um risco associado a esta construção, que dela se extrai *a contrario sensu*: se a perda de interesse se reporta *tão-só* às situações em que o credor vê irredutivelmente defraudadas as suas expectativas relativamente ao contrato – por dele não conseguir retirar os benefícios com que, razoavelmente, contava –, *a contrario*, se não se der esse caso, o contrato manter-se-á inabalavelmente válido (64) . O que produz uma perpetuação do vínculo contratual, só desafiada pela interpelação admonitória. Tudo a redundar nesta conclusão: o devedor encontra na mora um cómodo sistema mediante o qual obtém um financiamento fácil, através do expediente de não cumprir e atrasar-se. Ao mesmo

tempo que cria para o credor uma situação de falta de fluxos monetários, podendo conduzir a delicadas situações de falta de liquidez que se podem arrastar no tempo.

II. Vimos que a exigência da objectividade na *perda de interesse do credor* é entendida como sendo ditada pelo princípio da segurança jurídica e nasceu com o propósito de evitar que a resolução se fundasse numa simples mudança da vontade ou num capricho do credor, porventura para se desvincular oportunisticamente de um negócio que deixara de revestir interesse, contornando a sua esfera normal de risco (65) (66) . A pretensão de cumprir à risca este desiderato conduziu, no entanto, a uma construção – a que actualmente vigora – assente numa revolucionária presunção de que *a resolução só não é abusiva quando o contrato fica destituído de interesse*. Nos restantes casos, *i.e.*, naqueles em que a prestação ainda é objectivamente possível, *a presunção é a de que a resolução é abusiva*. Ora, *a construção artificial e automática assente na abusividade da resolução do contrato na sequência da mora é o que, a nosso ver, merece ser contestado*.

III. Não é, quanto a nós, avisado situar no escopo do n.º 2 do art. 808.º a imposição de uma avaliação da subsistência/quebra do interesse no contrato apenas em atenção às utilidades que concretamente o credor concebeu ser possível retirar da prestação. *É que o exercício do direito de resolução quando a prestação ainda revista parte ou a totalidade da sua utilidade inicial não é sempre, nem necessariamente arbitrário* (67) . Esta circunstância apenas revela que a manutenção do contrato é possível, e que neste sentido a mora é um cenário plausível, mas nada adianta quanto à utilidade concreta da resolução, a qual, nas mais variadas situações, pode ser superior àqueloutra. Isto, sob pena de se circunscrever injustificadamente a pretensão creditícia, voltando contra o credor o seu interesse comercial objectivo no contrato. Retirar-se, enfim, da imperatividade da apreciação objectiva uma regra de exclusiva protecção do devedor é fazer inclinar a lei a favor de uma *parte*, assumindo-a sempre como *fraca*. A composição dos interesses de ambas as partes em sede judicial acaba, então, por estar enviesada em virtude da composição legal. O retrato vigente assume que o devedor tem sempre interesse no cumprimento tardio e presume que o credor só tem interesse na resolução *se e quando* o contrato estiver irremediavelmente destruído. *O facto de um direito ter de ser exercido com boa fé não justifica, contudo, que seja, a priori, tornado excepção ou que se objectivem os fundamentos que lhe subjazem*. Quanto mais não seja pelo seguinte: se é legítima a tentativa de impedir que a desvinculação se fique a dever aos motivos ilegítimos apontados, é também razoável evocar a preocupação de não permitir que a extensão temporal unilateral do contrato se funde num mero capricho do devedor ou em razões que deveria ter previsto ou, quiçá, em motivos que, por condenável estratégia – p. ex., para não tomar o contrato mais oneroso para si –, não quis trazer ao centro do negócio. Se o incumprimento atempado não pode consubstanciar uma *condição resolutive tácita*, tão-pouco será aceitável uma *prorrogação tácita do termo do contrato*.

IV. O défice que a norma portuguesa, na interpretação que lhe é dada, encerra prende-se com o facto de o medidor da conversão da mora em incumprimento definitivo ser apenas aquele que se centra em *saber se o incumprimento levou à frustração do negócio*, desconsiderando-se, entre outras bitolas, o comportamento do devedor (sem repercussão sobre a definição económica do contrato) e, mais consideravelmente, o interesse do credor justificador da sua liberação (68) . Se o interesse se perde apenas quando o contrato perde o seu substrato, a sua finalidade, a razão da sua existência (69) , dir-se-á que, bem vistas as coisas, a doutrina e a jurisprudência exigem não uma perda de interesse do credor na prestação incumprida, mas uma *perda de interesse do próprio contrato, já que o mandamento da objectividade remete para uma apreciação por referência à prestação e aos interesses que, à altura da formação do contrato, lhes estiveram subjacentes* (70) .

V. Da delimitação dos contornos da conversão de um incumprimento de temporário em definitivo processada naqueles moldes resulta, como consequência e *a contrario sensu*, que o credor há-de ficar perpetuamente vinculado ao *fim* a que contratualmente – deu a entender ou resultava do comércio jurídico – destinaria a prestação incumprida, de nada valendo a mais sólida das provas que indique uma mudança ou perda desse interesse não reconduzível àquele específico factor objectivo (71) . Sempre que a prestação do devedor mantiver intacta a sua utilidade concreta, sempre que subsistirem os benefícios que, por intermédio da vinculação ao contrato, o credor pretendia alcançar, ele não poderá, à luz do entendimento prevalecente, desvincular-se – a não ser por via da fixação de um prazo suplementar, com todos os vícios que lhe é possível associar (72) . *Por aqui se vê que o critério dominante deveria, antes, servir para definir quando é que há incumprimento legitimador da resolução – sem fechar o núcleo potencial de situações – mais do que para definir, a contrario e de forma negativa, a extensão temporal da mora.*

VI. Acontece, na verdade, que os contornos de excepcionalidade de que usa ser revestido o direito de resolução tem como corolário uma perpetuação da mora, a que vai inerente a perpetuação de um estado de incerteza – que pode ser intolerável – sobre se o cumprimento alguma vez se dará, em que moldes se dará e quando se dará. Assim é que um primeiro incumprimento acarreta sempre, em maior ou menor grau, um risco de repetição do evento (73) . O contrato passa a estar "sob prognóstico reservado", designadamente quanto ao futuro comportamento do devedor. Correlativamente, ao cultivar-se a ideia de que o credor tem de provar a inutilidade completa da prestação futura, face às suas necessidades quando contratou, está-se a impedi-lo de adoptar, perante a incerteza do cumprimento e a iminência da sua frustração, um comportamento preventivo.

VII. A construção prevalecente assenta, é certo, num modelo que goza de alguma estabilidade, porque na sua aferição não são convocados elementos subjectivos. A aplicação judicial consegue, por via disso, alcançar uma segurança e certeza decisórias que são muito bem vistas. Este sistema esconde, todavia, que ao conforto de que dota a posição do juiz segue associado um desequilibrado tratamento das posições processuais dos sujeitos contratuais. O alívio da posição do juiz – que só tem que confirmar se o credor trouxe à luz do processo elementos que demonstrem o desvanecimento total da relação contratual – imputa, em contrapartida, um ónus pesado sobre os ombros do credor. *A "perda do interesse" reconduzida à frustração da finalidade económica do contrato acaba por não ser mais do que um método que confere segurança e conforto à avaliação dos remédios, na medida em que torna claras as fronteiras entre a mora e o incumprimento definitivo. Ao fazê-lo, no entanto, sopesa apenas o (des)interesse objectivo do credor, e não o faz em seu benefício.* O pré-conceito de protecção do devedor desvirtua, por outro lado, as potencialidades da resolução como remédio pró-activo. *O exercício deste direito é entendido, entre nós, bem mais como uma declaração de confirmação da "morte" de um contrato irremediavelmente destruído na sequência do atraso, do que propriamente como uma declaração constitutiva de uma desvinculação desejada.*

VIII. O art. 808.º não pode consentir que se extraia que a transitoriedade do incumprimento se mantém forçosamente até que a finalidade objectiva do contrato se desvaneça. Isto é, do facto de a finalidade da prestação creditícia poder ser prosseguida *a posteriori*, não podemos extrair automaticamente que o interesse do credor na prestação objectivamente persiste e que, portanto, a resolução se não justifica. Pelo contrário. A não frustração do fim da obrigação (ou *possibilidade jurídica de cumprimento*) assume-se ao lado da *possibilidade material de cumprimento*, como *condições necessárias* para que se constitua e se mantenha juridicamente uma situação de mora. Mas não se compreende que a não verificação dessas

condições esgote as vias de conversão da mora em incumprimento definitivo. A imprecisão da doutrina neste ponto radica, quanto a nós, em cinco vícios: (1) a utilização legislativa da expressão "perda de interesse *na prestação*", na vez de "incumprimento fundamental" ou, ao invés, "incumprimento de escassa importância", o que faz focar as atenções na (in)utilidade futura da prestação, mais do que nas circunstâncias do incumprimento; (2) a subtil referência ao interesse "*que tinha* na prestação" sugere um recuo ao momento da formação do contrato; (3) o reconhecimento doutrinário da satisfação do interesse do credor como o fim da obrigação, o que reconduz as hipóteses de perda desse interesse à frustração desse fim; (4) a remissão do art. 808.º para o art. 801.º (esquecendo-se que, em rigor, a remissão é feita para a consequência jurídica e não para a sua causa), caindo-se no erro de aproximar as previsões e não apenas a estatuição; e, por fim, (5) o propósito originário de limitar resoluções arbitrárias converteu-se na pretensão de construir um modelo ancorado na segurança jurídica, alheio a subjectivismos e flutuações interpretativas. Tudo a redundar nesta consequência perniciosa: *é a não frustração do fim económico do contrato o que garante a todo o tempo a provisoriedade do incumprimento; é na destruição do contrato que a fronteira entre a natureza temporária e definitiva do incumprimento se traça.*

Capítulo 4 – SOLUÇÃO: crivo da boa fé

I. Atrás concluímos que a forma como a gestão dos remédios para o incumprimento é conceptualizada entre nós conduz a que vislumbremos um esquema hierárquico, com propensão para aqueles cujo exercício redunde na manutenção do *status quo*. O sistema da *liberdade de escolha* (ou do *direito de opção*) afigura-se-nos, no entanto, preferível, e funcionaria do seguinte modo: o credor poderia extinguir logo o acordo, contanto que esse remédio fosse adequado. Com a assinalável *nuance*, desde logo, de o facto de o cumprimento tardio ser uma realidade igualmente possível e um remédio adequado não ser suficiente para se concluir pela desproporcionalidade da resolução do contrato. Afigurar-se-ia já necessária a demonstração de que, numa análise de custos, a resolução seria *manifestamente excessiva* (lesiva para o devedor), e sempre por comparação com outra providência possível. Ou seja, *na falta da fixação de um princípio de subsidiariedade, não se poderá dizer, sem mais, que a resolução é abusiva só porque o cumprimento tardio é uma solução possível* (74) . Semelhante concepção, parecendo ténue e teórica na diferença, acarreta implicações processuais que não são de somenos. Ela tem, com efeito, o mérito de inverter os moldes com que surge desenhada a repartição do ónus probatório, pois que permite atenuar o do credor e rigidificar o do devedor: àquele basta a demonstração de que a resolução é adequada; a este requerer-se-á a junção de factualidade no sentido de provar que o cumprimento tardio é, *mais do que simplesmente possível, o melhor remédio em termos relativos (i.e., proporcionais)* (75) (76) .

II. A necessidade de evitar o exercício abusivo de faculdades jurídicas é conseguido mediante o recurso ao critério geral da boa fé, sem que necessidade exista de, com esse propósito, hierarquizar as pretensões do credor. Com efeito, a boa fé, explanada em todos os seus desdobramentos, é de molde a criar um quadro harmonioso de exercício dos diversos direitos. A boa fé incorpora um princípio de proporcionalidade (77) , o que inevitavelmente evoca uma ponderação judicial casuística da bondade dos vários remédios, sem partir do preconceito que é tomar a resolução como patológica, na vez de remédio ao serviço dos interesses credor (que está na base da sua essência) (78) . A não consignação expressa de condições (pelo menos de condições tão exigentes para o credor) para o exercício do direito de resolução não impede, pois, que lhe sejam reconhecidas, como limitações, os afloramentos da boa fé.

III. Tudo isto, no fundo, por não ser automático que a resolução prejudica o devedor, ou que o

prejudica mais do que a espera possa prejudicar o credor. A construção dogmática do cumprimento tardio como um direito do devedor assume também este significado de a lei sujeitar igualmente o seu exercício a um balizamento segundo a boa fé. O que implica que o credor não deve estar sujeito aos caprichos do devedor, nem ao arbitrário prolongamento do vínculo obrigacional. Existem, portanto, vantagens claras em colocar todos os remédios num patamar de paridade. *A colocação da resolução num quadro de excepcionalidade e de subsidiariedade é uma concepção teórica que vai muito além do propósito que inspirou a medida legislativa: evitar o seu exercício arbitrário e desproporcional.*

IV. A proporcionalidade evoca um confronto entre conjuntos de interesses contrapostos, demandando uma cedência mútua em medidas sempre contidas a níveis razoáveis. O método consistente em balancear a resolução por referência à gravidade das consequências do incumprimento só é ofusco porque deixa na penumbra o conjunto total de interesses em que deve estrear-se a opção pela resolução. Assim, perante o desequilíbrio da construção vigente, cremos que a exigência de objectividade na apreciação da conversão de um atraso em extinção do contrato pode comportar outro sentido útil, mais conforme com um posicionamento equitativo. Ela constitui um mandamento legal dirigido ao juiz que apreciar a causa onde se discuta a razoabilidade do exercício do direito de resolução, querendo significar que a conversão da mora em incumprimento definitivo deve assentar em razões que resultem de uma equitativa ponderação do comportamento de ambas as partes, à luz da boa fé e das regras da proporcionalidade. O resultado que da ponderação emerja, ainda que beneficie uma das partes, nunca o poderá fazer com prejuízo desmesurado da outra. O que entronca, afinal, na ideia de que o exercício de qualquer faculdade legal, desde que não convencionalizada, há-de submeter-se aos limites do abuso do direito. Donde, o propósito que preside ao n.º 2 do art. 808.º é o de remeter para o n.º 2 do art. 762.º, trazendo para a sede do incumprimento das obrigações o *princípio geral da boa fé*. Afinal, se no cumprimento da obrigação e no exercício do direito correspondente as partes devem proceder de boa fé, o equilíbrio do sistema demanda que igual regra de conduta seja observada no exercício (e escolha) dos direitos que a lei associa ao incumprimento (79) (80) .

V. A intervenção da boa fé deve, neste quadro, abandonar o papel que lhe tem sido dispensado: o de exigir um incumprimento com um certo grau de gravidade para os interesses do credor (81) , o qual é claramente limitativo. *A boa fé deve ser o critério de que o julgador lançará mão quando for chamado a apreciar o incumprimento, permitindo-lhe compor os interesses de ambas as partes numa solução que seja razoável em função dos respectivos comportamentos e dos cenários juridicamente plausíveis* (82) . Note-se que a protecção do devedor de acordo com a boa fé é suficientemente efectiva quando o incumprimento haja tido escassa importância na economia global do contrato, porque, então, sobressairá a abusividade do remédio dissolutório (83) (84) . Daqui a exigir-se, para que a resolução seja admitida, um grau de gravidade no incumprimento do devedor capaz de inviabilizar a subsistência do vínculo vai um salto lógico viciado nas suas premissas. *Seria estar, com o fito de proteger o interesse do devedor, a pesar a onerosidade do ilícito sobre o interesse do credor, assumindo a salvaguarda do primeiro até ao ponto da lesão irreversível do segundo.*

VI. Pretende-se, enfim, que seja a conversão da mora em incumprimento definitivo, um remédio por referência ao outro – e não apenas o último e baseado tão-só no interesse de uma das partes – a ambiência sobre a qual há-de recair o juízo de razoabilidade, o que permite abarcar o *interesse do devedor* na manutenção do contrato, colocando-o lado a lado com o *interesse do credor* na desvinculação. Do que decorre que a perda de interesse do credor pode ser objectiva (*rectius*, o exercício do direito de resolução não ser arbitrário) sempre que o interesse do devedor no contrato se haja objectivamente desvanecido e, principalmente,

sempre que, no confronto dos dois interesses, o do credor na resolução supere o do devedor na manutenção do contrato.

VII. Tendo, em conclusão, o significado de reproduzir o preceituado no art. 762.º, n.º 2, trazendo-o para o momento executivo dos contratos, podemos ir mais longe e afirmar que era dispensável a consagração do n.º 2 do art. 808.º. Isto, note-se, no sentido em que o condicionamento do exercício do direito de resolução ao respeito pelos ditames da boa fé resulta já das regras gerais do sistema. A tutela do devedor reside nas potencialidades deste crivo, que se destina a impedir resoluções arbitrárias, *i.e.*, desvinculações que acarretassem para si um esforço excessivo ou uma perturbação significativa no comércio jurídico. *E isto independe da utilidade concreta que a prestação ainda possa revestir para o credor.* Entre outros inúmeros corolários, o princípio da boa fé assume aqui a importância de *temperar* o exercício pelo credor do direito de resolução e de execução, e pelo devedor do direito ao cumprimento tardio. Esse temperamento faz-se coarctando exercícios *arbitrários* ou *desproporcionais*, na conjugação com o corpo de soluções que o sistema jurídico consigna. Daí que o padrão da boa fé, em todos os seus desdobramentos, deva actuar de forma a harmonizar o exercício do direito de resolução com as outras soluções do sistema, sem que se mostre adequado convocar mais limitações para além dessa – já significativa, aliás, se bem aplicada. A boa fé é o crivo apropriado para definir a legitimidade da mora e da sua conversão em incumprimento definitivo, nomeadamente para garantir que no confronto entre a tolerância do cumprimento diferido e a desvinculação a solução mais equitativa é a prevalecente.

Capítulo 5 – SOLUÇÃO (cont.): negócio de substituição

I. Assumindo a Economia que os agentes são racionais, podemos concluir que se as partes celebraram um contrato é porque entendem não estarem em melhor posição fora dele. Ou seja, o contrato é visto como um factor de utilidade para ambas as partes. Pode, no entanto, suceder que, durante a vida desse contrato, se alterem as circunstâncias económicas, frustrando-se as utilidades inicialmente expectáveis. É nesta acepção que é possível ponderar que, atrasando-se o devedor no cumprimento do contrato, o credor pode encontrar na desvinculação e celebração de um *negócio de substituição* uma opção eficiente.

II. Existe, se quisermos, um dado económico que pode ser introduzido na equação da eficiência. Trata-se de permitir ao credor a maximização da sua utilidade, dirigindo os seus recursos à opção mais eficiente. Ora, a avaliação só será economicamente sustentada se a desvinculação, funcionalizada à possibilidade de celebração de um negócio de substituição, for uma opção mais eficiente do que a manutenção do contrato e concessão de um prazo razoável para o cumprimento (85). É certo que, por essa via, a relação com o devedor fica desfeita. Há um contrato que se perde, mas há outro que se ganha. Ou, numa outra perspectiva, pode até dizer-se que o contrato foi, *por via indirecta*, cumprido, já que o seu escopo económico – o interesse negocial do credor – foi atingido. E isto já é de interesse em termos de eficiência (86), pois que esperançadamente permitirá colocar o credor na posição em que estaria se o contrato tivesse sido pontualmente cumprido.

III. A limitação da resolução também pode surtir eficiência, mas será sempre em casos residuais. Sê-lo-á basicamente nos casos em que as despesas em que o devedor haja incorrido na preparação do cumprimento, e a própria valorização que atribua ao contrato, extravasem o ganho que o credor espera conseguir obter pela desvinculação, pois aqui, além de já não estarmos perante um *movimento de Pareto* (87) (visto que o devedor perde), verificamos que o ganho total não cobre todas as perdas (88). Pelo contrário, quando o ganho do credor num negócio alternativo permita cobrir as perdas do devedor, há uma margem de eficiência na desvinculação, no sentido de *Kaldor-Hicks* (*i.e.*, quando o não cumprimento proporciona à

parte incumpridora um ganho económico que permite compensar a perda económica da parte lesada, colocando esta numa posição de indiferença entre obter o cumprimento ou uma indemnização) (89) . Esta ideia, reportada à questão da mora, leva-nos a concluir que as normas jurídicas deveriam promover o término e não a continuação de um vínculo cuja utilidade máxima – atendendo, portanto, à soma do bem-estar das partes – é inferior àquela que pode ser proporcionada por uma outra transacção.

IV. A execução judicial e a indemnização (90) são remédios que nunca terão exactamente o mesmo interesse para o credor, nas diversas circunstâncias contratuais. Os desenvolvimentos da L&E mostram que o primeiro é economicamente interessante em contratos que tenham por objecto *bens únicos* (91) (ou *infungíveis*), ao passo que o segundo é útil em contratos sobre *bens fungíveis* (92) . Quando estiverem em causa bens fungíveis, com alternativas disponíveis no mercado, a indemnização será geralmente uma solução eficiente, uma vez que é evitada a morosidade do processo de execução e os inerentes custos de litigação (93) , e não há grandes riscos de os tribunais sub-indemnizarem, dado que atenderão ao preço de mercado (94) . Quando estiverem em causa bens únicos, a execução judicial pode ser a via aconselhável, já que o bem não tem alternativas no mercado (95) , e a indemnização correria, por isso mesmo, o risco de ser subavaliada (96) . Isto, por um lado. Por outro, aquela destringa é fundada por ir de encontro aos interesses negociais das partes (97) . É que, sendo "*não únicos*", as partes poderão adquirir um bem substituto sem perdas (98) . Já sendo insubstituíveis, a execução específica assegurará ao credor melhor cobertura, por o mercado não dar plena satisfação às suas necessidades (99) .

V. O confronto, sob um prisma de eficiência, entre a mora – enquanto *direito ao cumprimento tardio* – e a resolução imediata pode ser teorizado na base do mesmo raciocínio, ou seja, tendo por referência a qualidade dos bens, objecto do contrato. O fundo subjacente à distinção permite este desafio. A mora, à semelhança da execução específica, tem subjacente a ideia de manutenção da relação contratual; a indemnização tem o interesse de permitir a desvinculação do contrato. Pode acontecer, na verdade, que a mora não seja um remédio eficiente, não porque o não seja isoladamente considerada, mas porque melhores perspectivas de eficiência se vislumbrem num remédio alternativo. Assim acontecerá quando esteja em causa um contrato, cujo objecto é a transferência de um *bem não único*, *i.e.*, um bem transaccionável num mercado perfeitamente concorrencial. Como aquele bem tem substitutos no mercado, a mora do devedor pode ser, no conjunto do bem-estar das partes, ineficiente. É que o remédio alternativo – a resolução imediata – é, neste contexto, capaz de produzir um *movimento de Pareto* (100) .

VI. Se a parte cumpridora (101) (comprador) extinguir o compromisso, poderá, através de um negócio de cobertura, adquirir, em idênticas ou até melhores condições, um bem alternativo. Como pode, imediatamente e porventura sem grandes gastos, obter os benefícios que pretendia alcançar com a prestação inicialmente acordada, por um lado, evita os inconvenientes de ter que interpelar novamente o devedor, de lhe fixar um prazo (passível de ser contestado, o que pode levar a uma apreciação judicial da sua razoabilidade, com incorrência em custos de litigância) e ficar à espera que cumpra – sujeitando-se, ademais, à incerteza sobre o futuro cumprimento, destituído de qualquer garantia. E, por outro lado, ultrapassa os custos de litigância que a via da execução judicial acarretaria – sendo fungível o bem, a indemnização será de fácil arbitramento, pelo que estes custos serão substancialmente menores. A parte incumpridora (vendedor), por seu turno, não incorre também em prejuízos de maior com a resolução imediata. É que, sendo o mercado do bem concorrencial, não lhe será difícil encontrar um agente económico disposto a negociar consigo a compra do bem (102) . Ele deverá indemnizar a parte cumpridora pelas perdas emergentes que advenham do atraso.

Ora, o dano será reduzido (os juros moratórios serão mínimos ou nulos), se justamente o credor cumpridor tiver providenciado rapidamente pela substituição do contrato inicial. Por aqui se vê que o devedor incumpridor não é desprotegido. Neste cenário, a desvinculação opera um *movimento de Pareto*: o cumpridor fica numa posição melhor e o incumpridor não fica numa pior. A transacção com um terceiro é, então, "*Pareto Superior*", porque o bem é adjudicado, beneficiando uma parte sem prejuízo de nenhuma outra. O mesmo é de sustentar se quem cumprir (ou se prestar a cumprir) for o vendedor e o comprador o incumpridor. Aquele poderia, num negócio de substituição, alcançar os seus objectivos: a venda do bem. O último poderia diligenciar no sentido de encontrar outro vendedor. O remédio resolutorio surge, portanto, neste contexto, de preferível exercício quer em relação à execução do contrato, quer em relação à simples espera.

VII. A eficiência da decisão tomada pelo credor pressuporá, como não podia deixar de acontecer, uma comparação entre *custos*: entre os envolvidos na espera e implicados na incerteza do cumprimento futuro e os de transacção que se interpuserem no negócio de substituição. Cálculo que competirá ao credor fazer quando decida exercer a sua opção. A este cálculo pode a parte incumpridora aditar outros elementos, baseados ou na eficiência de um período razoável de espera ou na ineficiência da desvinculação (ou em ambos, já que pode residir na ineficiência de um remédio a eficiência da sua alternativa). Poderá, designadamente, avançar que o cumprimento perfeito se dará rapidamente, prestando-se eventualmente a garantir (legalmente) esse cumprimento, e poderá argumentar que o incumprimento teve pouca expressão na economia global do contrato (*v.g.* faltou pagar 50 euros, de uma prestação de 1700) (103) . *Quando tal aconteça, o condicionamento da resolução por intervenção do filtro da boa fé é um dado a introduzir na equação, ajustando, a priori, os incentivos de ambas as partes* (104) .

VIII. O cálculo de eficiência enfrentará algumas dificuldades, por não estarem disponíveis todos os dados relevantes. Desde logo, pela incerteza relativamente ao cumprimento futuro (105) . Depois, a fixação do prazo razoável poderá envolver custos (de transacção, numa primeira fase (106) , e de litigância, numa segunda (107) , de também difícil cômputo. Dificuldades que poderão alertar para a simpatia de uma maior abertura da resolução, até porque, como se disse, é o devedor quem, por razão do incumprimento, deve contar com incentivos tendentes à revelação da informação disponível.

IX. A transposição do raciocínio anterior para a esfera jurídica (108) assenta nas seguintes premissas. Na sequência de um atraso do devedor, o credor pode pôr-se a cobro da necessidade que visava satisfazer com o contrato. Como pode fazê-lo num mercado com alternativas, a espera deixa de fazer sentido, até porque nada lhe assegura de que o devedor cumprirá no futuro. Tal como lhe é permitido excepcionar o não cumprimento até que o devedor cumpra, ele deve poder promover a satisfação da finalidade do contrato, destituindo de interesse a intervenção posterior do devedor. Prescindindo de algum rigor técnico, dir-se-á que ele não está a incumprir o contrato, mas a dar-lhe plena execução, porquanto está a prosseguir o seu *escopo* – a satisfação do seu interesse (109) . Se o contrato só pode ser resolvido se a perda do interesse do credor for objectiva, também será legítimo concluir que o prazo razoável só deve ser concedido se o devedor tiver um interesse objectivo na manutenção do contrato. Neste sentido, e sob pena de se laborar na inclinação de que falámos, a objectividade há-de valer, com igual significância, para ambas as partes.

X. Ora, num cenário de *bens alternativos* no mercado, não se pode dizer que o comprador atrasado no pagamento ou o vendedor atrasado na entrega do bem saiam muito prejudicados pela extinção do contrato, porque conseguirão rapidamente envolver-se um negócio

substituto. Num caso desta natureza, em que a desvinculação não é à partida nociva para o devedor – e até é vantajosa para o credor – é difícil conceber um *interesse objectivo* naquele contrato. E isto vale tanto para o credor interessado na desvinculação, como para o devedor interessado na manutenção do contrato. A previsão normativa do n.º 2 do art. 808.º deve dar cobertura a este tipo de situações. Com efeito, o critério de objectividade deve ter-se por preenchido se a operação do credor for economicamente justificável (110) . À partida, só mediante prova de que o cumprimento tardio é, para ambas as partes, um remédio mais eficiente que o negócio de cobertura conseguirá o devedor vedar a resolução (111) . Ao invés, quando se trate de bens infungíveis ou únicos, como as vantagens da resolução serão objectivamente menores, e as da manutenção do contrato objectivamente superiores (112) , haverá que prestar uma atenção acrescida à gravidade e às consequências negativas do incumprimento para que o exercício do direito à desvinculação se mostre legitimado.

XI. Se o credor, na sequência de uma situação de mora debitória, ingressar num negócio de substituição ("*covertransaction*"), destinando o objecto a outro contrato, dir-se-á que impossibilitou culposamente a execução do negócio inicial. O que, nos termos do art. 801.º, conferiria ao devedor (credor daquela prestação) o direito de resolver o contrato e de pedir uma indemnização. Contudo, o facto de o devedor estar em mora deve influir nas consequências legais resultantes do comportamento do credor. Desde logo, não é concebível outra solução que não a dissolução automática do vínculo contratual, o que implica três coisas. Primeiro, coarctar ao devedor-credor o direito de requerer a execução judicial do contrato, o que é atingido pela consideração de que houve uma impossibilitação objectiva do cumprimento (no quadro do art. 801.º, n.º 2). Segundo, vedar-lhe, pela mesma ordem de razões – *i.e.*, por o vínculo dever ter-se por definitivamente dissolvido –, a opção por manter a sua prestação em troca de uma indemnização mais avultada (art. 801.º, n.º 2). Por fim, não vislumbrar na realização de um negócio de substituição um sinal de manutenção do interesse do credor-devedor no contrato, concluindo-se, por via disso, pela imotivação da resolução (113) . Quanto à definição da titularidade e montante da indemnização, há uma série de elementos que carecem de ser ponderados. Visto que a conduta negligente do credor seguiu-se a (e justificou-se por) uma outra do devedor, vislumbra-se uma situação de *culpas concorrentes* (114) . Com efeito, o atraso do devedor contribuiu – ainda que indirectamente, *i.e.*, sem o rigor da causalidade adequada – culposamente para a perda do interesse do credor. Importa, por isso, chamar à colação o art. 570.º (aplicável *ex vi* do n.º 2 do art. 799.º), impondo-lhe, por estar inserido na parte correspondente à responsabilidade extracontratual, os devidos ajustes (115) . Com efeito, a indemnização a que o credor ficará adstrito será concedida, reduzida ou excluída, em virtude da gravidade da culpa de ambas as partes e das consequências que delas resultaram. Na medida, porém, em que o devedor se torna responsável por indemnizar o credor por danos (ou juros legais), haverá uma parte do montante indemnizatório a *compensar* (cfr. art. 847.º). Além disso, e sob pena de o devedor ficar em melhor posição do que aquela que lhe seria proporcionada se tivesse tido a possibilidade de cumprir a sua prestação, recebendo em troca a do credor, a indemnização ao devedor deverá ser reduzida em termos razoáveis, em função da poupança que ele, por não ter executado a sua prestação, haja conseguido. No fundo, seriam ressarcidas apenas as despesas envolvidas na preparação do cumprimento (116) (117) .

XII. Em suma, o atraso no cumprimento pode conduzir à perda do interesse negocial que inicialmente foi reconhecido por ambas as partes ao contrato. O que, em primeira instância, foi provocado por o devedor lhe ter introduzido, unilateral e ilicitamente, outros termos: o cumprimento passa a ficar deslocado no tempo, é incerto, e os níveis de confiança criados inicialmente pelo credor sofrem um revés. A perda do interesse negocial do contrato poderá

fundar-se inicialmente nestes factores, mas a eles poderão acrescer outros: entretanto, o mercado pode ter revelado uma oportunidade negocial alternativa. Ora, a manutenção do contrato pode ficar destituída de interesse negocial por o interesse negocial na resolução passar, por aquele motivo, a ser superior. Sinteticamente, a perda do interesse negocial do contrato poderá resultar do incumprimento *per se*, mas geralmente reforçá-lo-á o interesse numa desvinculação proporcionadora (pelo menos) da utilidade inicialmente configurada (118) .

XIII. O incumprimento pode, enfim, gerar uma perturbação na equivalência do contrato: uma distorção do equilíbrio económico por modificação da base negocial, sem tradução em danos. Distorção que tem lugar mesmo sem a ocorrência de um acontecimento que, em consequência do atraso, conduza à completa privação do escopo económico do contrato. O atraso no cumprimento deverá ser um evento suficiente para que o credor tome opções que economicamente o anulem ou ultrapassem. A frustração das utilidades da prestação pode, então, ter lugar mediante a revelação, por ocasião do atraso, de um conjunto de utilidades mais apetecível. As expectativas negociais podem não ter sido totalmente desfeitas, bastando que haja um interesse económico que, em consequência do retardamento, se sobreponha àquele outro que resultaria da manutenção em *stand by* do contrato. A "perda do interesse" deve poder concretizar-se numa análise financeira das consequências da mora. O "*interesse do credor*" deve, afinal, poder ser analisado em termos económicos e um cálculo de eficiência deve poder cumprir o mandamento da objectividade que o art. 808.º reclama.

Capítulo 6 – SOLUÇÃO (cont.): desvinculação eficiente

I. A noção de "incumprimento óptimo" resulta de em determinado momento poder ser melhor permitir-se que uma parte incumpra e pague uma indemnização (*damages for breach of contract*), em vez de se impor a obrigatoriedade do cumprimento (*specific performance*) (119) . A orientação da L&E tem sido a de justificar o incumprimento, quando seja mais eficiente, através da especificação adequada de uma regra de indemnização. É, com efeito, conclusão oferecida por esta disciplina que o Direito contratual deve assegurar a vinculatividade dos compromissos, através de esquemas que incentivem o cumprimento (geralmente a ameaça de uma sanção). Devendo, outrossim, criar condições para que o nível de comprometimento ao contrato seja óptimo (120) , através da abertura de soluções (designadamente, uma criteriosa disponibilização dos remédios) à desvinculação eficiente. O que faz emergir um compromisso entre dois pólos de eficiência, bem patente no campo em que nos movemos.

II. A lógica subjacente ao *negócio de substituição* vai de encontro à aclamada tese do *incumprimento eficiente*, desde sempre centro de aliciantes discussões entre os cultores da L&E, e entre estes e os juristas. O incumprimento eficiente é uma ideia consistente em, perante uma situação de eficiência no sentido de *Kaldor-Hicks*, o Direito dever encorajar o incumprimento dos contratos (121) . Este esquema está pensado ora para acudir aos casos em que surgem novas oportunidades de mercado após a formação de um contrato (as quais este não tomou em conta), ora para regular aqueles em que os custos do cumprimento sofrem um aumento inesperado (não o suficiente para conduzir à alteração das circunstâncias ou à impossibilidade de cumprimento por onerosidade excessiva), de tal forma que excederiam o ganho agregado que ambas as partes esperavam extrair do acordo. Neste cenário, a nova oportunidade económica oferece um retorno suficientemente robusto para compensar a parte lesada, do mesmo passo que coloca o incumpridor numa melhor posição, assim tornando o contrato, *ex post*, *ineficiente* (122) .

III. Esta teoria tem, ao longo dos anos, enfrentado poderosas objecções, principalmente da parte dos juristas, que põem a nu as suas limitações em termos de justiça e de moralidade (123) . No caso que tratamos, não se tratará de uma aplicação estrita daquela tese, e as

diferenças que aqui se deslindarão serão porventura bastantes para esbater as resistências éticas que se lhe erguem. As adaptações exigidas pela diferente configuração do caso subjacente deverão, pois, repercutir-se na sua aceitabilidade.

IV. O incumprimento eficiente é tradicionalmente encarado como imoral porque encorajaria condutas irresponsáveis, em total subversão da força vinculativa do contrato e dos princípios que desde sempre afirmam a prioridade natural e jurídica do cumprimento (124) . Ora, num contexto de mora, as premissas alteram-se em alguma medida. Com efeito, houve um primeiro incumprimento e, com ele associado, uma incerteza que tenderá a pairar sobre a ordem jurídica. A desvinculação surgirá, então, como uma resposta legítima pela parte cumpridora a um anterior *acto ilícito*. A tensão entre ganhos de eficiência, por um lado, e o respeito pelos direitos do credor, por outro, é sobremaneira atenuada, já que este credor é também um devedor incumpridor. Torna-se, assim, reduzida a margem de oportunismo que seria necessário desencorajar, dada a contribuição infractora do devedor moroso, mas também o facto de o resultado visado ter um reflexo positivo em termos de equilíbrio de interesses que não é apenas de eficiência, mas também de equidade.

V. Noutra perspectiva, detalhadamente analisada por Shavell (125) , podemos perguntar-nos qual seria o contrato que as partes teriam celebrado se tivessem previsto todas as contingências futuras – *i.e.*, um "contrato completo", que identificasse todas as possíveis hipóteses e especificasse a conduta exigível das partes em cada uma. Ora, no âmbito de um contrato cujo objecto são bens fungíveis, é razoável alcançar que, se o credor previsse o atraso, com a decorrente extensão temporal do momento executivo, ou simplesmente o não celebraria ou introduzir-lhe-ia uma cláusula resolutiva ou um termo essencial, de modo a abrir caminho fácil à resolução.

VI. O modelo alternativo que testamos sugere que em sede da ponderação no quadro do art. 808.º se albergue a globalidade dos casos em que, por virtude do atraso, o credor considera que deixou de estar em condições de prosseguir as utilidades concretas que, *à altura do cumprimento*, lhes eram expectáveis. Ou seja, bastará que a *utilidade expectável* pelo negócio inicial não suplante os *inconvenientes da espera* para que a equação da eficiência reclame outro desfecho, pois só uma equivalência daquelas parcelas permitiria a manutenção do equilíbrio económico do contrato. Esta ideia fica, pois, muito distante daquela que demanda, para a admissibilidade da desvinculação, uma total postergação dos benefícios esperados pela vinculação, e nessa medida a repudia. O facto de os benefícios não serem atingíveis nos moldes em que o credor sempre supôs, razoavelmente, ser possível acontecer, aliado ao facto de ter, objectivamente, outras vias de os atingir são os elementos a que importa atender, pois será por referência a eles que poderá aferir-se se o credor perdeu ou não o interesse na prestação. Neste quadro, a mora deve, à partida, funcionar como um esquema excepcional que permite, em casos limite, que o devedor cumpra mais tarde, quando o desvio ao programa contratual seja pouco significativo, de fácil reposição e ambas as partes ainda tenham interesse nesse cumprimento.

Por fim, e é esta a ideia que procuramos deixar, *o negócio de substituição, a operar nos termos descritos, passa o teste da boa fé e da proporcionalidade exigido pelo art. 808.º, n.º 2. Trata-se, na verdade, de um critério retirado do bom crivo que é a boa fé. E fá-lo sobretudo em moldes que imprime segurança, equilíbrio e eficiência à composição dos interesses em cheque.*

CONCLUSÃO

A avaliação judicial da resolução em Portugal pode ser sintetizada nisto: exige-se um

incumprimento com graves consequências para o credor, o que lhe incumbe provar, havendo depois uma ponderação judicial desse esforço probatório. O nosso sistema não torna admissível a resolução senão sob a condição prévia de uma prova bastante difícil: a da equiparação para o credor da execução tardia e da inexecução total. Este sistema redundava numa perpetuação do vínculo contratual, colocado acima dos reais interesses das partes (do devedor na manutenção do contrato; do credor na desvinculação), erigindo-se em valor absoluto a necessidade abstracta de manutenção das relações contratuais. Isto, porque a bondade da resolução é aferida tendo em conta a gravidade das consequências do incumprimento para o credor, e não as vantagens que a desvinculação lhe proporcionaria – por referência aos inconvenientes da espera ou mesmo da execução judicial – ou as desvantagens que faria reverter para o devedor (o que se presume, erroneamente, existir). A construção artificial e automática da abusividade da resolução dos contratos na sequência de atrasos no cumprimento surge-nos, nesta medida, desajustada.

O exercício do direito de resolução quando a prestação ainda revista parte ou a totalidade da sua utilidade inicial não é sempre nem necessariamente arbitrário. O facto de um direito ter de ser exercido com boa fé não justifica que seja, *a priori*, tomado excepção ou que se objectivem os fundamentos que lhe subjazem. Presumir que a resolução só é justa quando a estrutura contratual não tenha condições objectivas de sobrevivência, é, por força disso, fazer dela um remédio não proactivo, mas eminentemente formalista, que se limita a confirmar a "morte" de uma relação contratual, mais do que a potestativamente destruí-la. Por isso é que, no contexto do incumprimento de um contrato bilateral, ponderar a sua manutenção, apreciando-o apenas do ponto de vista da utilidade de uma das prestações, é redutor e insuficiente.

A necessidade de evitar o exercício abusivo de faculdades jurídicas é conseguido mediante o recurso ao critério geral da boa fé e ao princípio da proporcionalidade, sem que necessidade exista de, com esse propósito, hierarquizar as pretensões do credor, até porque também ele não deve estar sujeito ao arbitrário prolongamento do vínculo obrigacional. A boa fé, elevada a crivo principal no momento executivo do contrato, por incorporação no n.º 2 do art. 808.º, deve ser, por isso, o critério de que o julgador lançará mão quando for chamado a apreciar o incumprimento, permitindo-lhe compor os interesses de ambas as partes numa solução que seja razoável em função dos respectivos comportamentos e dos cenários juridicamente plausíveis.

Nesta base, o critério da objectividade deve ter-se por preenchido se a operação do credor for economicamente justificável. Neste sentido, a previsão normativa do n.º 2 do art. 808.º deve, em caso de transacção de bens fungíveis, acolher o negócio de substituição como fundamento da perda do interesse negocial do contrato. Num cenário de *bens alternativos* no mercado, não se pode dizer que o comprador atrasado no pagamento ou o vendedor atrasado na entrega do bem saiam muito prejudicados pela extinção do contrato, porque conseguirão rapidamente envolver-se um negócio substituto. Num caso desta natureza, em que a desvinculação não é à partida nociva para o devedor – e até é vantajosa para o credor – é difícil conceber um *interesse objectivo* naquele contrato. E isto vale tanto para o credor interessado na desvinculação, como para o devedor interessado na manutenção do contrato. Seria, pois, inequitativo e ineficiente, dada a espera e a incerteza do cumprimento futuro, consentir a mora para segurar um contrato que o mercado pode facilmente substituir.

A resolução pode ser um remédio adequado, não porque o incumprimento haja sido muito grave, mas porque ela é, no caso, economicamente vantajosa. O fundamento para a resolução pode estar nas vantagens que ela pode proporcionar, do ponto de vista do interesse do

credor, *i.e.*, nas suas potencialidades em termos de eficiência. As expectativas negociais podem não ter sido totalmente desfeitas, bastando que haja um interesse económico que, em consequência do retardamento, se sobreponha àqueloutro que resultaria da manutenção em *stand by* do contrato. A "perda do interesse" deve poder concretizar-se numa análise financeira das consequências da mora. Consequentemente, o "interesse do credor" deve poder ser analisado em termos económicos e um cálculo de eficiência deve poder, afinal, cumprir o mandamento da objectividade que o art. 808.º reclama.

A acompanhar esta ideia, na concepção e na apresentação, estiveram a todo o tempo as soluções de Análise Económica, às quais recorreremos convictos de que ela, como dizem *Cooter* e *Ulen*, "produz necessariamente uma teoria de Direito que responde às partes que celebram contratos melhor do que uma teoria dogmática da lei que eleva as ideias acima dos interesses"...

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

Abrantes, J.J., A Excepção de Não Cumprimento do Contrato no Direito Civil Português, Coimbra, Almedina, 1986"

Almeida Costa, Mário Júlio de, Contrato-promessa, Uma síntese do regime vigente, 9ª ed., rev. e actual, Coimbra, Almedina, 2007

- *Direito das Obrigações, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008"*

Alpa, Guido, Manuale di Diritto Privato, 4.ª ed., Pádua, Cedam, 2005"

Andrade, Manuel A. Domingues de, Rui de Alarcão (colab.), Teoria Geral das Obrigações, Coimbra, Almedina, 1958"

Antoniolli, Luisa e Veneziano, Anna, (ed.), Principles of European Contract Law and Italian Law, Haia, Kluwer Law International, 2005"

Antunes Varela, João de Matos, "Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Dezembro de 1981", in RLJ, 118, 1986

- "Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Novembro de 1989", in RLJ, 128, 1995-1996

- *Das Obrigações em geral, vol. II, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997*

- *Das Obrigações em geral, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2000*

Araújo, Fernando, Teoria Económica do contrato, Coimbra, Almedina, 2007

Baptista Machado, João, "Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Fevereiro de 1982", in RLJ, 118, 1986

- "Pressupostos da resolução por incumprimento", in *Obra dispersa*, vol. I, Braga, Scientia Iuridica, 1991

Beale, Hugo, Hartkamp, Arthur, Kötz, Hein e Tallon, Denis (eds.), Cases, Materials and Text on Contract Law, Oxford, Hart Publishing, 2002"

Beatson, Jack, Anson's Law of Contract, 28.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2006"

Brandão Proença, José Carlos, A resolução do contrato no direito civil: Do Enquadramento e do Regime, Coimbra, Coimbra Editora, 2006"

Calvão da Silva, João, Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres), reimp., Coimbra, Almedina, 1999

- *Sinal e Contrato Promessa, 11ª ed., rev. e aum., Coimbra, Almedina, 2007*

Carbonnier, Jean, *Droit Civil*, vol. 2, *les Biens, les Obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004"

Carnevali, Ugo – v. *Luminoso*

Cartwright, John, *Contract Law: An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford, Hart Publishing, 2007

Castela," Manuel Jorge Cardoso, "A protecção dos contratos de Direito de Autor: Uma perspectiva da Análise Económica do Direito", in *Revista Sub Judice* 33 – Análise Económica do Direito – Parte I, Almedina, 2006"

Cian, Giorgio e Trabucchi, Alberto (dir.), *Commentario Breve al Codice Civile*, 5ª ed., Pádua, Cedam, 1997"

CodeCivil, *Édition 2009*, 108.ª ed., Paris, Dalloz, 2008

Cooter, Robert e Ulen, Thomas, *Law and Economics*, 4.ª ed., Boston, Addison Wesley, 2004"

Costanza, Maria – v. *Luminoso*

Cristas, Maria de Assunção, "Que direito do incumprimento?", Centro de Estudos de Direito da Universidade do Minho, 2006 (inédito)

- "É possível impedir judicialmente a resolução de um contrato?", in *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2008

- "Direito ao cumprimento contratual: Que conteúdo?", in *Themis*, Edição especial, Almedina, 2008

- *Direito dos Contratos, Relatório da disciplina*, FDUNL, Lisboa, 2008"

Cunha de Sá, Fernando Augusto, *Direito ao cumprimento e direito a cumprir*, Separata da RDES XX, n.ºs 2/3/4, Abril-Dezembro, 1973, reimp. Coimbra, Almedina, 1997

Diez-Picazo, Luis & Gullón, António, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 2: El contrato en general, la relacion obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontratual, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 1995"

Errante, Edward (trad. Robert Devreux), *The Anglo-American law of contracts. Le droit Anglo-Américain des contrats*, 2.ªed., Paris, L.G.D.J – Jupiter, 2001"

Fabre-Magnan, Muriel, *Droit des Obligations – 1 Contrat et Engagement Unilatéral*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008"

Farnsworth, E. Allan, *Contracts*, 2.ª ed., 8.ª reimp., Boston, Toronto, London: Little, Brown and Company, 1990"

Flour, Jacques, Aubert, Jean-Luc, Flour, Yvonne e Savaux, Éric, *Droit Civil – les Obligations*, vol. 3: *Le Rapport d'Obligation*, 5ª ed., por Jean-Luc Aubert e Éric Savaux, Paris, Dalloz, 2007"

Friedman, David D., "An Economic Analysis of Alternative Damage Rules for Breach of Contract", in *Journal of Law and Economics*, vol. 32, n.º 2, Outubro, 1989

Furmston, Michael, P. Cheshire, *Fifoot and Furmston's law of contract*, 15ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2007"

Galvão Telles, Inocêncio, "Garantia Bancária Autónoma", in *O Direito*, ano 120.º, III-IV Julho/Dezembro, 1998

- *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., actual., Coimbra Editora, 2007

Garoupa, Nuno, "Análise Económica do Direito", in *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 32 Outubro-Dezembro, 2002

- "Introdução", in *Revista Sub Júdice*, 33 - Análise Económica do Direito - Parte I, Almedina, 2006"

Garoupa, Nuno e Ulen, Thomas, "The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States", in *Alabama Law Review*, 59.5, 2008"

Giorgianni, Michele, "Inadempimento - diritto privato", in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 20, Giuffrè Editore, 1970

Gravato Morais, Fernando, "Mora do devedor nas obrigações pecuniárias", in *Scientia Iuridica*, LVII, n.º 315, Julho/Setembro, 2008

Grundmann, Stefan, *Regulating Breach of Contract - The Right to Reject Performance by the Party in Breach*, ERCL, vol. 3, n.º 2, 121, 2007

Guichard, Raúl e Pais, Sofia, "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 *Revista Direito e Justiça*, vol. XIV, tomo I, 2000

Hespanha, António Manuel, *O Caleidoscópio do Direito, O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2.ª ed., reelab., Coimbra, Almedina, 2009"

Jackson, Howell E., Kaplow, Louis, Shavell, Steven M., Viscusi, W. Kip & Cope, David, *Analytical Methods for Lawyers*, Foundation Press, 2003

Kaplow, Louis, e Shavell, Steven, *Fairness versus Welfare*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002"

Kindler, Peter, "Gli Effetti della *Schuldrechtsreform* sulla *Mora Debitoris*", in *Rivista di Diritto Civile*, ano XLIX, n.º 6, Novembro-Dezembro, 2003

Lando, Ole e Beale, Hugh (ed.), *Principles of European Contract Law - Parts I e II*, Kluwer Law International, Haia, 2000"

Lapuente, Sergio Cámara (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003"

Lasarte, Carlos, *Contratos, Principios de Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Madrid, Marcial Pons"

Lima Rego, Margarida, "No right to perform a contract?", in *Themis*, Almedina, 2006"

Luminoso, Angelo, Carnevali, Ugo e Costanza, Maria, *Della Risoluzione per Inadempimento*, tomo I, 1: Art. 1453º-1454º, "Commentario del Codice Civile Sciajola-Branca", Coord. Francesco Galgano, Bologna, Zanichelli Editore, 1990"

Malloy, Robin Paul, *Law in a Market Context. An Introduction to Market Concepts in Legal Reasoning*, Cambridge University Press, 2004

Markesinis, Sir Basil, Unberath, Hannes e Johnston, Angus, *The German law of contract - a comparative treatise*, Oxford, Hart Publishing, 2006"

Menezes Cordeiro, António, *Direito das Obrigações*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1980

- *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, Lex, 1997

Menezes Leitão, Luís M. Teles de, *Direito das Obrigações*, II, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007"

Meoro, Mário Clemente, *La Resolución de los Contratos por Incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992"

Miceli, Thomas J., *The Economic Approach to Law*, Stanford, California, Stanford University Press, 2004"

Morais da Rosa, Alexandre, "O Giro Económico do Direito ou o Novo e Sofisticado Caminho da Servidão: Para uma Nova Gramática do Direito Democrático do Século XXI", in *O Direito e o Futuro, o Futuro do Direito*, Coimbra, Almedina, 2008"

Mota Pinto, Paulo, "Sobre a alegada "superação" do Direito pela análise económica", in *O direito e o futuro, o futuro do direito*, Coimbra, Almedina, 2008

- *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

Pessoa Jorge, Fernando de, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, reimp., Coimbra, Almedina, 1999"

Pinto Monteiro, António, "Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1999", in *RLJ*, 133, 2000-2001"

Pinto Oliveira, Nuno Manuel, "Contributo para a interpretação do art. 808.º do Código Civil", in *CDP*, n.º 5, Janeiro/Março, 2004

- *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009

Pires de Lima, António e Antunes Varela, João Matos, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª ed. rev. e act., Coimbra, 1997"

Polinsky, A. M., *An Introduction to Law and Economics*, 2.ª ed., Boston, Little, Brown and Company, 1989

Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, 6.ª ed., Nova Iorque, Aspen, 2003

Puig I Ferriol, Lluís et al., *Manual de Derecho Civil*, vol. 2: *Derecho de Obligaciones, Responsabilidad Civil, Teoria General del Contrato*, Madrid, Marcial Pons, 1996"

Ribeiro de Faria, Jorge, *Direito das Obrigações*, II, Coimbra, Almedina, 1990

Rodrigues, Vasco, *Análise Económica do Direito. Uma Introdução*, Coimbra, Almedina, 2007"

Rohwer, Claude D. e Skrocki, Anthony M., *Contracts in a Nutshell*, 5.ª ed., St. Paul, West Group, 2000"

Romano Martinez, Pedro, *Da cessação do contrato*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006

Rossetti, Marco, "Risoluzione per Inadempimento", in *I Contratti in Generale*, dir. por Paolo Cendon, vol. 13: *Risoluzione, Inadempimento, Impossibilità Sopravvenuta, Eccessiva Onerosità*, Turim, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 2000

Sacco, Rodolfo, "Risoluzione per Inadempimento", in *Digesto delle discipline Privatistiche – Sezione Civile*, vol 18, 4ª ed., Turim, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 2004"

Schäfer, H. e Ott, C., *The Economic Analysis of Civil Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2004"

Schwartz, Alan, "The Case for Specific Performance", in D. G. Baird, *Economics of Contract Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2007"

Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2004

- "Damage measures for breach of contract", in D. G. Baird, *Economics of Contract Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2007"

- "Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts", in *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*, Paper 644, 2009, disponível em http://lsr.nellco.org/harvard_olin/644"
- Teixeira Patrício*, Miguel Carlos, *Análise Económica da Litigância*, Coimbra, Almedina, 2005"
- Treitel*, Guenter H, "Remedies for Breach of Contract – Courses of Action Open to a Party Aggrieved", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 7: *Contracts in General*, ed. por Arthur von Mehren. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976
- *The Law of Contract*, 11.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2003
- Vaz Serra*, Adriano, *BMJ*, 46, Janeiro, 1955
- *BMJ*, 47, Março, 1955
- *BMJ*, 48, Maio, 1955
- *BMJ*, 68, Julho, 1957
- "Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 1969", in *RLJ*, 104, 1972
- Ventura*, Raúl, "O Contrato de Compra e Venda no Código Civil", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 40.º, vol. III, Setembro/Dezembro, 1980"
- Visintini*, Giovanna, *Il Codice Civile Commentario, Inadempimento e mora del debitore*, Milano, Giuffrè Editore, 1987
- Werin*, Lars, *Economic Behavior Legal Institutions, An Introductory Survey*, World Scientific, 2003"
- Zimmermann*, Reinhard, *The new german law of obligations: historical and comparative perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2007

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA (126)

STJ

- Acórdão de 12/5/1983, Proc. n.º 070613 (relator *Rodrigues Bastos*), in *BMJ*, 327, 1983, pp. 642 e ss.
- Acórdão de 14/10/1986, Proc. n.º 073985 (relator *Alcides de Almeida*) in *BMJ*, 360, 1986, pp. 256 e ss.
- Acórdão de 2/12/1987, Proc. n.º 075471 (relator *Almeida Ribeiro*)
- Acórdão de 19/4/1988, Proc. n.º 073601 (relator *Eliseu Ferreira*), in *BMJ*, 376, 1988, pp. 598 e ss.
- Acórdão de 2/11/1989 (relator *Jorge Fernandes Fugas*), in *RLJ*, 128, 1995-1996, pp. 104-112.
- Acórdão de 5/12/1995, Proc. n.º 086956 (relator *Fernando Fabião*)
- Acórdão de 27/11/1997, Proc. n.º 97B528 (relator *Miranda Gusmão*)
- Acórdão de 16/3/1999, Proc. n.º 99A142 (relator *Garcia Marques*)
- Acórdão de 4/5/1999, Proc. n.º 99A352 (relator *Silva Paixão*)
- Acórdão de 19/11/2002, Proc. n.º 02A3552 (relator *Silva Salazar*)
- Acórdão de 5/12/2002, Proc. n.º 02A3341 (relator *Ribeiro Coelho*)
- Acórdão de 21/1/2003, Proc. n.º 02A3448 (relator *Garcia Marques*)
- Acórdão de 12/6/2003, Proc. n.º 03B1843 (relator *Salvador da Costa*)

Acórdão de 11/12/2003, Proc. n.º 03A3363 (relator *Alves Velho*);
Acórdão de 18/12/2003, Proc. n.º 03B3697 (relator *Araújo Barros*)
Acórdão de 19/02/2004, Proc. n.º 03B4382 (relator *Luís Fonseca*)
Acórdão de 18/11/2004, Proc. n.º 04B2588 (relator *Neves Ribeiro*)
Acórdão de 10/3/2005, Proc. n.º 05B170 (relator *Neves Ribeiro*)
Acórdão de 5/5/2005, Proc. n.º 05B724 (relator *Araújo Barros*)
Acórdão de 22/9/2005, Proc. n.º 05B2166 (relator *Moitinho de Almeida*)
Acórdão de 7/3/2006, Proc. n.º 05A3426 (relator *Borges Soeiro*)
Acórdão de 4/4/2006, Proc. n.º 06A205 (relator *Alves Velho*)
Acórdão de 18/4/2006, Proc. n.º 06A844 (relator *Sebastião Póvoas*)
Acórdão de 8/6/2006, Proc. n.º 06A1355 (relator *Alves Velho*)
Acórdão de 27/6/2006, Proc. n.º 06A1758 (relator *Sebastião Póvoas*)
Acórdão de 29/6/2006, Proc. n.º 06B1991 (relator *Salvador da Costa*)
Acórdão de 29/11/2006, Proc. n.º 06A3723 (relator *Alves Velho*)
Acórdão de 29/11/2006, Proc. n.º 06A3816 (relator *Moreira Camilo*)
Acórdão de 5/12/2006, Proc. n.º 06A3914 (relator *Sebastião Póvoas*)
Acórdão de 8/5/2007, Proc. n.º 07A932 (relator *Sebastião Póvoas*)
Acórdão de 5/7/2007, Proc. n.º 07B1835 (relator *Oliveira Rocha*)
Acórdão de 7/2/2008, Proc. n.º 07A4437 (relator *Paulo Sá*)
Acórdão de 8/5/2008, Proc. n.º 08B1182 (relator *Salvador da Costa*)
Acórdão de 2/12/2008, Proc. n.º 08A2653 (relator *Moreira Alves*)
Acórdão de 28/4/2009, Proc. n.º 09A0679 (relator *Hélder Roque*)
Acórdão de 21/5/2009, Proc. n.º 09B0641 (relator *Santos Bernardino*)
Acórdão de 10/9/2009, Proc. n.º 170/09.2YFLSB (relator *Santos Bernardino*)

TRP

Acórdão de 3/6/1991, Proc. n.º 0410028 (relator *Abílio de Vasconcelos*)
Acórdão de 9/10/1995, Proc. n.º 9451163 (relator *Guimarães Dias*)
Acórdão de 12/7/2001, Proc. n.º 0130999 (relator *Leonel Serôdio*)
Acórdão de 14/7/2005, Proc. n.º 0533731 (relator *Gonçalo Silvano*)
Acórdão de 13/12/2005, Proc. n.º 0523821 (relator *Henrique Araújo*)
Acórdão de 23/3/2006, Proc. n.º 0535637 (relator *Pinto de Almeida*)
Acórdãos de 21/12/2006, Proc. n.º 0635820 (relator *Pinto de Almeida*)
Acórdão de 21/2/2008, Proc. n.º 0734164 (relator *José Ferraz*)
Acórdão de 6/11/2008, Proc. n.º 0833797 (relator *Pinto de Almeida*)
Acórdão de 8/1/2009, Proc. n.º TRP 8/1/2009 (relator *José Ferraz*)

TRL

Acórdão de 1/6/2000, Proc. n.º 0039736 (relator *Arlindo Rocha*) (apenas sumário disponível)

Acórdão de 9/6/2005, Proc. n.º 2350/2005-6 (relator *Aguiar Pereira*)
Acórdão de 29/9/2005, Proc. n.º 2990/2005-2 (relator *Ana Paula Boularot*)
Acórdão de 27/4/2006, Proc. n.º 2000/2006-6 (relator *Fátima Galante*)
Acórdão de 22/3/2007, Proc. n.º 4334/05-6 (relator *Graça Araújo*)
Acórdão de 19/4/2007, Proc. n.º 3011/2006-6 (relator *Fernanda Isabel Pereira*)
Acórdão de 26/4/2007, Proc. n.º 1617/2007-8 (relator *Pedro Lima Gonçalves*)
Acórdão de 13/1/2009, Proc. n.º 8394/2008-7 (relator *Cristina Coelho*)
Acórdão de 7/5/2009, Proc. n.º 10314/2008-6 (relator *Manuel Gonçalves*)
Acórdão de 19/5/2009, Proc. n.º 709/07.8TBOER.L1-7 (relator *Isabel Salgado*)
Acórdão de 15/12/2009, Proc. n.º 563/08.2YXLSB.L1-7 (relator *Cristina Coelho*)

TRC

Acórdão de 26/9/2000, Proc. n.º 1561/2000 (relator *António Geraldes*)
Acórdão de 23/1/2001, Proc. n.º 3131-2000 (relator *Cardoso de Albuquerque*)
Acórdão de 12/4/2005, Proc. n.º 573/05 (relator *Hélder Roque*)
Acórdão de 27/11/2007, Proc. 432/2001.C1 (relator *Hélder Roque*)
Acórdão de 12/2/2008, Proc. n.º 1283/06.8TBAGD.C1 (relator *Hélder Roque*)
Acórdão de 18/11/2008, Proc. n.º 380/07.7 (relator *Isabel Fonseca*)

TRG

Acórdão do TRG, de 21/6/2007, Proc. n.º 1073/07-1 (relator *Gouveia Barros*)

TRE

Acórdão de 28/1/1999, Proc. n.º 932/97-3 (relator *Granja da Fonseca*)
Acórdão de 8/3/2007, Proc. n.º 2827/06-2 (relator *Eduardo Tenazinha*)
Acórdão de 17/5/2007, Proc. n.º 306/07-3 (relator *Acácio Nunes*)
Acórdão de 6/12/2007, Proc. n.º 2162/07-3 (relator *Bernardo Domingos*)
Acórdão de 18/12/2007, Proc. n.º 2028/07-3 (relator *Gaito das Neves*)
Acórdão de 29/5/2008, Proc. n.º 3190/07-3 (relator *Eduardo Tenazinha*)

1) Cfr. Informação estatística disponibilizada em www.siej.dgpj.mj.pt, consultado em 13/10/2011.

[Voltar ao texto](#)

2) A *Law and Economics* (L&E) constitui, ainda hoje, o movimento teórico de abordagem do Direito mais poderoso na doutrina norte-americana (Cfr. *P. Mota Pinto*, "Sobre a alegada "superação" do Direito pela análise económica", in *O direito e o futuro, o futuro do direito*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 169). Trata-se de um movimento metodológico que procura aplicar os modelos e teorias da Ciência Económica na interpretação e aplicação do Direito (Cfr. *A. Morais da Rosa*, "O Giro Económico do Direito ou o Novo e Sofisticado Caminho da Servidão: Para uma Nova Gramática do Direito Democrático do Século XXI", in *O Direito e o Futuro, o Futuro do Direito*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 224).

Trata-se de uma disciplina que alcançou, nos últimos anos, uma posição destacada na análise microeconómica e também no pensamento jurídico nos Estados Unidos, assumindo uma

influência crescente nas decisões judiciais, na produção legislativa e na política económica em geral. No cerne do seu objecto está a investigação da resposta a *duas* questões importantes: *a)* uma questão positiva, qual o impacto das normas legais no comportamento dos agentes económicos em termos das suas decisões e bem-estar; *b)* uma questão normativa, quais as vantagens relativas de determinadas normas legais, em termos de bem-estar social.

Para um aprofundamento das razões do contraste na compreensão da utilidade da *Law and Economics* nos Estados Unidos e na Europa, v. *N. Garoupa e T. Ulen*, "The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States", in *Alabama Law Review*, 59.5, 2008, pp. 1555-1633.

[Voltar ao texto](#)

- 3) A análise focará naquele que é o paradigma – social e económico – dos contratos: a *compra e venda*, sendo esta a principal razão, mas a ela acrescentando o facto de o terreno jurídico que pisaremos estar fortemente conceptualizado sobre esse paradigma.

[Voltar ao texto](#)

- 4) Os planos de análise em que nos colocaremos são os tradicionais: legislativo, doutrinário e jurisprudencial. A fonte jurisprudencial acabou por ser intencionalmente sobrevalorizada, porque à Análise Económica interessa sobretudo visar criticamente as soluções legislativas, tal como elas se nos apresentam vertidas nas decisões judiciais. O caminho percorrido, quer ao nível descritivo, quer ao nível prescritivo será sempre acompanhado do contributo das soluções de Análise Económica, que assim se apresentará a todo o tempo – ao longo de todos os capítulos, mas com maior ênfase no último – a filtrar as ideias, reforçando-as, condicionando-as ou simplesmente explicando-as. Análise Económica que evoca, inevitável e essencialmente, os estudos anglo-saxónicos.

[Voltar ao texto](#)

- 5) António Hespanha, *O Caleidoscópio do Direito, O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2.^a ed., reelab., Coimbra, Almedina, 2009, p. 253 lembra pertinentemente que a "análise económica do direito é um instrumento de grande utilidade para compensar o carácter abstracto e meramente formal dos estudos jurídicos tradicionais".

[Voltar ao texto](#)

- 6) Cfr. I. Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7.^a ed., actual., Coimbra Editora, 2007, pp. 299-300.

[Voltar ao texto](#)

- 7) Cfr. I. Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, cit., p. 300, n. 1.

[Voltar ao texto](#)

- 8) Elemento este que se retira da referência no art. 804.º, n.º 2 a "causa imputável".

[Voltar ao texto](#)

- 9) Tratando-se de obrigações pecuniárias, a lei resolve fixar legalmente uma tarifa indemnizatória por considerar o dano como necessariamente equivalente à perda da remuneração habitual do capital durante esse período, ou seja, o *juro* (Cfr. L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, II, 5.^a ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 239).

[Voltar ao texto](#)

- 10) Dá-se, na expressão explicativa de I. *Galvão Telles, Direito das Obrigações*, cit., p. 303, uma *ampliação do vínculo obrigacional*, pois passa a abranger a indemnização moratória. Embora, aqui, a fonte da obrigação indemnizatória já não seja o contrato, mas a responsabilidade civil.

[Voltar ao texto](#)

- 11) Como frisa sugestivamente J. *Carbonnier, Droit Civil*, vol. 2, *les Biens, les Obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, p. 2210, a propósito da solução francesa paralela, "a falta inicial absorve a força maior".

[Voltar ao texto](#)

- 12) À resolução surge, por isso, associada uma tutela restitutória ou reprivatizatória, na medida em que a sua activação reconstitui o património do contraente na composição qualitativa pré-existente à conclusão do negócio (Cfr. A. *Luminoso, Della Risoluzione per Inadempimento*, tomo I, 1: *Art. 1453^o-1454^o*, "Commentario del Codice Civile Sciajola-Branca", Coord. Francesco Galgano. Zanichelli Editore, Bologna, 1990, pp. 16-17).

[Voltar ao texto](#)

- 13) Cfr. A. *Menezes Cordeiro, Direito das Obrigações*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1980, p. 164, P. *Romano Martinez, Da cessação do contrato*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 184 e J. *Calvão da Silva, Estudos de Direito Civil e Processo Civil* (Pareceres), reimp., Coimbra, Almedina, 1999, p. 153. Cfr., na jurisprudência, Acs. STJ 4/4/2006 (*Alves Velho*) e 8/6/2006 (*Alves Velho*).

[Voltar ao texto](#)

- 14) Isto, sem prejuízo de, a consentimento da própria lei, as partes puderem consensualmente prever a possibilidade de exercício do direito – cfr. art. 432.^o, n.^o 1.

[Voltar ao texto](#)

- 15) Especialmente para o devedor que tenha feito já preparativos para cumprir. O imperativo restitutivo pode ser particularmente exigente, designadamente quando haja decorrido um período temporal significativo entre as fases formativa e executiva do contrato. Transferidos, por força da celebração do contrato, os direitos sobre os bens, o devedor pode ter exercido sobre eles as faculdades que lhe assistem – de disposição, de oneração, até de alienação.

[Voltar ao texto](#)

- 16) Cfr. Acs. TRL 27/4/2006 (*Fátima Galante*) e STJ 18/11/2004 (*Neves Ribeiro*) e 10/3/2005 (*Neves Ribeiro*).

[Voltar ao texto](#)

- 17) Fora em tal caso admitida, a resolução seria encarada como um remédio para uma alteração das circunstâncias *insuficiente* para fundamentar a desvinculação – de acordo com as exigências do art. 437.^o, designadamente por incorporar a álea contratual.

Cfr. H. *Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, e D. Tallon*, (ed.), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 765.

[Voltar ao texto](#)

- 18) L. *Diez-Picazo e A. Gullón, Sistema de Derecho Civil*, vol. 2: El contrato en general, la relacion obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontratual, 7.^a ed., Madrid, Tecnos, 1995, pp. 813-814 enfatizam, com razão, que a

excepcionalidade da resolução está ligada aos princípios da conservação do contrato e do *pacta sunt servanda*.

[Voltar ao texto](#)

19) Cfr. arts. 292.º, 293.º, 793.º, 802.º e 437.º.

[Voltar ao texto](#)

20) Cfr. M. Assunção Cristas, "É possível impedir judicialmente a resolução de um contrato?", in *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2008, p. 59 (= "Direito ao cumprimento contratual: Que conteúdo?", in *Themis*, Edição especial, Almedina, 2008, pp. 281 e ss. = *Direito dos Contratos, Relatório da disciplina*, FDUNL, Lisboa, 2008, p. 40). Obviamente, isto não é mais do que uma construção teórica dotada de uma mera função explicativa.

[Voltar ao texto](#)

21) Note-se que não falamos aqui em direito do devedor a cumprir por o credor ter um dever de colaborar no cumprimento, sendo que é nesta perspectiva que a discussão tem sido travada (v., por todos, F. A. Cunha de Sá, *Direito ao cumprimento e direito a cumprir*, Separata da RDES XX, n.ºs 2/3/4, Abril/Dezembro, 1973, reimp. Coimbra, Almedina, 1997, pp. 31 e ss.), com a voz maioritária a apontar para a negação de tal direito (embora não aquele Autor). Daí usarmos a expressão "direito ao cumprimento tardio" para acentuar que se trata apenas de um direito do devedor a cumprir mais tarde, de que pode prescindir, e que acarreta, do lado do credor, o dever de esperar esse cumprimento, sem que possa lançar mão de remédios tendentes à dissolução do vínculo. De tal modo que, quando o devedor discorda da verificação dos pressupostos legais para o exercício do direito de resolução e se dirige ao tribunal a fim de os contestar, não é outro senão aquele direito que está a exercer – mediante o exercício do qual (e se razão tiver) força judicialmente o credor a aguardar a prestação tardia

[Voltar ao texto](#)

22) M. Assunção Cristas, "Que direito do incumprimento?", Centro de Estudos de Direito da Universidade do Minho, 2006 (inédito), p. 10 fala num *direito a cumprir* do devedor, até que a mora se transforme em incumprimento definitivo.

O poder que ao credor assiste de, mediante a fixação ao devedor de um prazo razoável, pôr termo à espera não descaracteriza a explicação tecida. Significa isto apenas que o exercício desse ónus tem potencial para cessar o seu estado de vinculação (o qual, verdadeiramente, só cessa com o término do prazo). Ele não obsta à produção dos efeitos do direito ao cumprimento tardio, apenas limita a sua efectividade temporal: o credor estará sujeito a esperar o cumprimento *até* exercer o ónus e *enquanto* perdurar os efeitos do seu exercício.

[Voltar ao texto](#)

23) Cfr. O. Lando e H. Beale (ed.), *Principles of European Contract Law – Parts I e II*, Haia, Kluwer Law International, 2000, p. 409 e G. Treitel, "Remedies for Breach of Contract – Courses of Action Open to a Party Aggrieved", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 7: *Contracts in General*, ed. por Arthur von Mehren. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976 p. 112. O desaproveitamento tem lugar quando não há mercado para o cumprimento.

[Voltar ao texto](#)

24) Se as partes celebram um contrato, é porque o consideram eficiente, é porque entendem que

não estariam melhor se o não tivessem feito.

[Voltar ao texto](#)

- 25) Cfr. G. *Treitel, The Law of Contract*, 11.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2003, p. 761, que destaca, no interesse do devedor de resistir à resolução, o desaproveitamento das despesas incorridas por força do contrato. Aliado ao facto de ele poder vir a enfrentar dificuldades num contexto de "*falling market*", já que ficará com bens que entretanto perderam valor, num montante que até pode exceder o prejuízo que o seu incumprimento causou ao credor.

[Voltar ao texto](#)

- 26) Os juízes ingleses têm sublinhado o facto de o tempo (do cumprimento) ser um elemento essencial no quadro de uma compra e venda de bens – mais do que noutra tipo de contrato –, porque o mercado de bens está frequentemente sujeito a uma rápida flutuação, de modo que um pequeno atraso pode resultar num desvantajoso negócio de substituição ou revenda, além de que impõe à parte cumpridora um ónus financeiro de forma a ser compensada pelos seus danos (Cfr. E. A. *Farnsworth, Contracts*, 2.^a ed., 8.^a reimp., Boston, Toronto, London: Little, Brown and Company, 1990, pp. 644-645).

[Voltar ao texto](#)

- 27) Na dicotomia *property rules* ("regras de propriedade")/*liability rules* ("regras de responsabilidade"), proposta por *Guido Calabresi* e *Douglas Melamed*. Sobre esta destriça, v. *L. Werin, Economic Behavior Legal Institutions, An Introductory Survey*, World Scientific, 2003, pp. 191 e ss. e *V. Rodrigues, Análise Económica do Direito. Uma Introdução*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 142-143.

[Voltar ao texto](#)

- 28) Aplicando a este caso a formulação pensada para as questões ambientais (que se pode ver em *F. Araújo, Teoria Económica do contrato*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 268-269). Quanto à nossa questão, o Autor conclui que a responsabilidade contratual é basicamente dominada por uma "*liability rule*" do tipo que referimos, reconhecendo-se ao devedor uma "*call option*" sobre o direito do credor, que ele exercerá sujeitando-se a indemnizar o interesse lesado (*idem*, pp. 271 e 272).

[Voltar ao texto](#)

- 29) A indemnização por sucedâneo pecuniário, estabelecendo, por assim dizer, um "preço do incumprimento" em termos de "*liability rule*", sugere a noção de um "direito de incumprir" que é cedido, como uma opção, como uma faculdade alternativa, pelo credor ao devedor (Cfr. *F. Araújo*, p. 742).

Segundo *F. Araújo*, p. 720, "podem encarar-se as regras indemnizatórias como uma espécie de opção de compra concedida ao devedor relativamente ao crédito que o credor tem sobre ele: uma opção que reveste a configuração de uma "faculdade alternativa", a ser exercida até ao momento do vencimento pelo valor da indemnização que corresponde ao incumprimento (e agravada depois disso pela mora)". *S. Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, pp. 308-309, na mesma linha de pensamento, enfatiza que a moderação das sanções contratuais pode ter muitas vantagens, em especial no combate à "*overreliance*", mas, em contrapartida, a ser admitida em puras obrigações pecuniárias, essa moderação converter-se-ia inevitavelmente, a partir de certo nível, numa faculdade alternativa.

[Voltar ao texto](#)

30) Em que o devedor é forçado ao pagamento de um preço – os juros – pela mora.

[Voltar ao texto](#)

31) Embora talvez de forma menos evidente, já que o devedor não fica adstrito ao pagamento de uma compensação pela espera, a qual só surge na eventualidade da ocorrência de danos.

[Voltar ao texto](#)

32) Custo que, como bem refere F. Araújo, p. 739, é, em abstracto, maior ou menor, quanto maior ou menor for o peso desincentivador das sanções.

[Voltar ao texto](#)

33) Cfr. R. Cooter e T. Ulen, *Law and Economics*, 4.^a ed., Boston, Addison Wesley, 2004, p. 201, S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, p. 305 e L. Werin, p. 261.

[Voltar ao texto](#)

34) Cfr. S. Shavell, *Foundations of Economic...*, cit., p. 306. Reside na sub-indemnização uma das razões para que, segundo G. Treitel, *The Law of Contract*, cit., pp. 771, a resolução seja mais vezes aceite. Como D. Friedman, "An Economic Analysis of Alternative Damage Rules for Breach of Contract", in *Journal of Law and Economics*, vol. 32, n.º 2, Outubro, 1989, p. 284 salienta, "a regra indemnizatória fixa o custo de violar o contrato e assim o incentivo do comprador para o evitar".

[Voltar ao texto](#)

35) A responsabilidade indemnizatória e pelo risco (da impossibilidade da prestação) só limitadamente contribuem para um equilíbrio de posições de credor e devedor, já que a protecção do primeiro é aquela que só se efectiva na eventualidade de ocorrer um novo dado durante a mora – a incorrência em *prejuízos*. Situação que pode pôr a nu as fragilidades do sistema, já que a espera, em si mesma, pode representar um prejuízo (não legalmente indemnizável), desde logo por vir acompanhada da incerteza relativamente ao seu termo, com risco de perda de oportunidades de negócio alternativas.

A. Vaz Serra, *BMJ*, 47, Março, 1955, p. 22 enfatiza, neste contexto, que "no caso de mora, pode também suceder que [o credor] não receba indemnização por ela e, de qualquer maneira, o devedor não cumprindo em tempo, colocou-o numa solução de incerteza e de dificuldade quanto ao cumprimento do contrato". Poder-se-á aventar que, não havendo prejuízo indemnizável, não há desvantagem. Crê-se, no entanto, que a situação poderá ser negativa para o credor, por justamente se colocar em comparação outros cenários que lhe seriam mais vantajosos e aos quais ele está, à partida, impedido de recorrer.

[Voltar ao texto](#)

36) O Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro (JusNet 11/2003) visou a transposição para a ordem jurídica nacional da Directiva 2000/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Junho (JusNet 67/2000), e teve como objectivo estabelecer *providências contra os atrasos de pagamento em certas transacções comerciais* aí previstas. Aquele diploma, conquanto incidente sobre contratos comerciais, veio pôr a nu alguns dos problemas que a mora do devedor enfrenta, indo mesmo ao ponto de se afastar de alguns princípios gerais do Código Civil nessa sede. No sentido de pressionar a um cumprimento mais célere, prevê-se subsidiariamente um prazo certo para a constituição da mora, de forma a prever a cobrança automática de juros de mora como forma de pressão para o credor.

M. J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 11.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 1056 aponta que a mora debitória vem constituindo um problema generalizado na Comunidade Europeia, "com reflexos nefastos de vária ordem".

P. Kindler, "Gli Effetti della *Schuldrechtsreform* sulla *Mora Debitoris*", in *Rivista di Diritto Civile*, ano XLIX, n.º 6, Novembro-Dezembro, 2003, pp. 691 e 696-697 destaca, na mesma linha, e em interpretação da Directiva citada, os inconvenientes que a mora do devedor arrasta, a qual é, no seu entender, também expressão de um *favor debitoris*. Refere que "a mora do devedor é indubitavelmente uma das formas mais frequentes e, a nível económico, mais preocupantes de incumprimento das obrigações". Concluindo que a Directiva, ao reforçar a posição do credor, "constitui um contributo importante na luta contra a mora" (p. 706).

[Voltar ao texto](#)

-
- 37) J. Brandão Proença, *A resolução do contrato no direito civil: Do Enquadramento e do Regime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 116 frisa que "a disciplina da *mora debitoris* conserva uma série de requisitos de carácter formal inconciliáveis com as necessidades actuais e os interesses imediatos (de cariz liberatório) do credor". Adianta que "[a] necessidade da celeridade de certas transacções pode fazer recair a concessão do prazo suplementar na vontade exclusiva do "lesado" ou condicionar fortemente tal "dilação" (p. 121, n. 336). M. Assunção Cristas, "Que direito do incumprimento?", cit., pp. 11-12 conclui, de forma expressiva, que o nosso Código Civil (dado o paradigma de mora que acolhe) é mais protector do devedor do que do credor, por revelar, perante aquele, uma postura complacente e desculpabilizante. Neste contexto, chama a atenção para a necessidade de se incrementar a tutela da posição do credor, "com vista a disciplinar e a promover o cumprimento".

Este posicionamento crítico tem paralelo no estrangeiro. Excessivo formalismo, desadequação às exigências de celeridade do comércio e *favor debitoris* eram inconvenientes já apontados, em Itália, por G. Visintini, *Il Codice Civile Commentario, Inadempimento e mora del debitore*, Milano, Giuffrè Editore, 1987, p. 425. Tudo, na sua opinião, expressão de uma política legislativa correspondente a uma realidade socioeconómica superada. Em Espanha, L. Díez-Picazo e A. Gullón, p. 662 frisam que "a disciplina da *mora debendi* conserva, hoje, uma série de exigências de carácter formal que se conciliam mal com as necessidades dos tempos modernos. Não parece conveniente impor ao credor o encargo de constituir formalmente o devedor em mora e não parece justo rejeitar uma demanda de resolução por um defeito de forma na constituição do devedor em mora". J. Carbonnier, p. 2213 dá conta deste problema em França, ao registar que "se bem que atenuado pela jurisprudência, o art. 1139.º [sede legal da mora (*la mise en demeure*)] tem o inconveniente de colocar no funcionamento do contrato um espírito de moleza e lentidão".

[Voltar ao texto](#)

-
- 38) Pois que o risco do devedor deve estar sempre reflectido no preço do bem/serviço (Cfr. H. Schäfer e C. Ott, *The Economic Analysis of Civil Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2004, p. 333).

[Voltar ao texto](#)

-
- 39) Cfr., discutindo a questão a propósito da medida indemnizatória, H. Schäfer e C. Ott, p. 333.

[Voltar ao texto](#)

-
- 40) As "*property rules*" podem constituir um incentivo suficiente à eficiência e à racionalidade nas trocas, pois permitem às partes reflectir plenamente as suas preferências e as suas disposições negociais antes que a transferência dos recursos tenha lugar (F. Araújo, p. 265).

41) Segundo H. E. Jackson, L. Kaplow, S. M. Shavell, W. K. Viscusi e D. Cope, *Analytical Methods for Lawyers*, Foundation Press, 2003, pp. 434 e 435, "[e]xistem razões apelativas para considerar uma renegociação. A principal é esta: porque as partes, tendo entrado num acordo inicial, conhecem a existência uma da outra e conhecem muitos detalhes da situação contratual, é expectável que tendam a renegociar se problemas surgirem". O baixo custo e a rapidez na renegociação aconselha-lo-ão. É neste sentido que a renegociação pode servir de substituto para um "contrato completo", porque ela conduzirá sempre ao ponto em que as partes desejariam estar se tivessem previsto um contrato com aquele nível de detalhe.

[Voltar ao texto](#)

42) Já A. Vaz Serra, *BMJ*, 46, Janeiro 1955, pp. 80-81 vislumbra na resolução por inexecução culposa esta vertente de garantia para o credor.

[Voltar ao texto](#)

43) Cfr. O. Lando e H. Beale, p. 409, onde é realçado o "forte incentivo" que a resolução constitui para o devedor cumprir correctamente. Explica-se que o credor tem interesse em dispor de uma ampla faculdade de pôr termo ao contrato, não apenas quando a prestação incumprida perde a sua utilidade, mas também por tal constituir um instrumento de estímulo ao cumprimento pelo devedor. No mesmo sentido, S. Grundmann, *Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach*, ERCL, vol. 3, n.º 2, 121, 2007, p. 134, ao frisar que a colocação do direito de livre escolha do remédio na esfera do credor acarreta um "risco para o devedor", o qual é capaz de o "disciplinar", incentivando-o ao cumprimento pontual.

[Voltar ao texto](#)

44) A doutrina tende a identificar neste preceito duas pontes de passagem de um estado de mora para uma situação de incumprimento definitivo: a perda de interesse do credor na prestação atrasada e a fixação pelo credor de um prazo-limite de cumprimento, com recurso à *interpelação admonitória*.

[Voltar ao texto](#)

45) O direito de resolução surge consagrado no n.º 2 do art. 801.º, para o qual é entendido remeter a parte final do n.º 1 do art. 808.º, quando refere "não cumprida a obrigação".

[Voltar ao texto](#)

46) Cfr. J. C. Brandão Proença, p. 119.

[Voltar ao texto](#)

47) Daí a insuficiência da simples mudança de vontade do credor ou de um motivo que ele repute fundado, mas que o não seja à luz de uma orientação razoável (Cfr. *Antunes Varela*, "Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Dezembro de 1981", in *RLJ*, 118, 1986, p. 55, n. 1, J. Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, II, Coimbra, Almedina, 1990, p. 456, n. 2, J. Baptista Machado, "Pressupostos da resolução por incumprimento", in *Obra dispersa*, vol. I, Braga, Scientia Iuridica, 1991, pp. 137 e 151, J. Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 2.ª ed., 2.ª reimp., Coimbra, Almedina, 1997, p. 127, n. 240, F. Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, reimp., Coimbra, Almedina, 1999, p. 20, n. 3, I. Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, cit., p. 311 e M. J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 1054.

Cfr., entre muitos, Acs. STJ 4/5/1999 (*Silva Paixão*), 18/12/2003 (*Araújo Barros*), 8/6/2006 (*Alves Velho*) e 7/2/2008 (*Paulo Sá*). Chamando à colação o critério do bom pai de família, v. o Acórdão (Ac.) STJ 29/6/6 (*Salvador da Costa*).

[Voltar ao texto](#)

-
- 48) Cfr. A. Menezes Cordeiro, cit., p. 444, J. Baptista Machado, "Pressupostos da resolução...", cit., pp. 136 e 160-161 e F. Pessoa Jorge, p. 20, n. 3.

[Voltar ao texto](#)

-
- 49) Cfr. Baptista Machado, "Pressupostos da resolução...", p. 146, Antunes Varela, in *RLJ*, 118, cit., pp. 55 e 56 e n. 3, I. Galvão Telles, "Garantia Bancária Autónoma", in *O Direito*, ano 120.º, III-IV Julho/Dezembro, 1998, p. 586, J. Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção...*, p. 85 e 127, n. 240, A. Pires de Lima e J. M. Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª ed. rev. e act., Coimbra, 1997, p. 45, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 1054 e A. Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, cit., p. 444.

Cfr., entre tantos, o Ac. TRC 12/2/2008 (*Hélder Roque*).

[Voltar ao texto](#)

-
- 50) Cfr. Ac. STJ 12/5/1983 (*Rodrigues Bastos*).

[Voltar ao texto](#)

-
- 51) Cfr. A. Vaz Serra, *BMJ*, 48, Maio, 1955, p. 255, J. M. Antunes Varela, in *RLJ*, 118, 1986, p. 54, J. Baptista Machado, "Pressupostos da resolução...", cit., pp. 126, 131 e 162-163, A. Pires de Lima e J. M. Antunes Varela, pp. 62 e 71, A. Pinto Monteiro, "Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1999", in *RLJ*, 133, 2000-2001, pp. 239 e ss., J. Calvão da Silva, *Estudos de Direito Civil...*, cit., p. 159, P. Romano Martinez, *Da cessação do contrato*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 136, J. Brandão Proença, p. 114, M. J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 1051 e M. Assunção Cristas, "É possível impedir...", cit., p. 70.

[Voltar ao texto](#)

-
- 52) Assim, A. Vaz Serra, *BMJ*, 48, cit., p. 243, J. Ribeiro de Faria, p. 456, P. Romano Martinez, p. 141 e N. M. Pinto Oliveira, *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 143 e 147.

Neste sentido milita, de forma esmagadora, a jurisprudência [Cfr. Acs. STJ 2/12/1987 (*Almeida Ribeiro*), 4/5/1999 (*Silva Paixão*), 19/11/2002 (*Silva Salazar*), 11/12/2003 (*Alves Velho*), 18/12/2003 (*Araújo Barros*), 22/9/2005 (*Moitinho de Almeida*), 8/6/2006 (*Alves Velho*), 8/5/2008 (*Salvador da Costa*) e 21/5/2009 (*Santos Bernardino*), TRE 18/12/2007 (*Gaito das Neves*), TRP 12/7/2001 (*Leonel Serôdio*) e TRL 9/6/2005 (*Aguiar Pereira*) e 10/9/2009 (*Santos Bernardino*)].

[Voltar ao texto](#)

-
- 53) V. Ac. TRE 8/3/2007 (*Eduardo Tenazinha*).

[Voltar ao texto](#)

-
- 54) Trazendo para esta sede uma clássica discussão que é travada, p. ex., no Direito do Consumo, a propósito da venda de bens de consumo com defeitos, acerca da forma de conciliar a resolução do contrato (e, eventualmente, também a redução do preço e a indemnização) com a reparação/substituição do bem.

[Voltar ao texto](#)

55) Reunidos que estejam os pressupostos que a lei consigna a respeito de cada um dos remédios, a opção é, naturalmente, livremente exercida pelo credor. Neste sentido, não há hierarquia, mas liberdade de escolha. Sucede que esta sequência hierárquica é, quanto a nós, provocada justamente por os remédios não estarem colocados num plano de igual acessibilidade, *i.e.*, por pressuporem a reunião de requisitos de desequilibrada exigência.

[Voltar ao texto](#)

56) Como refere *F. Araújo*, cit., 2007, p. 832," a propósito da responsabilidade civil, as soluções legais são avaliadas pela L&E como se de um puro sistema de incentivos se tratasse. Elas repercutem-se dinamicamente quer nos incentivos que respeitam à adopção de um certo nível de actividade arriscada, quer nos incentivos à adopção de cautelas.

[Voltar ao texto](#)

57) Na "análise custos benefícios" que a todo o momento faz. M. C. *Teixeira Patrício*, *Análise Económica da Litigância*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 15 e ss. qualifica essa análise como "[o] primeiro dos instrumentos analíticos eleito para a consideração da vertente económica da litigância", apesar das suas limitações.

[Voltar ao texto](#)

58) Flagrante exemplo disto mesmo encontramos nos Acs. TRE 28/1/1999 (*Granja da Fonseca*) e 18/12/2007 (*Gaito das Neves*), TRP 14/7/2005 (*Gonçalo Silvano*) e 23/3/2006 (*Pinto de Almeida*), TRL 7/5/2009 (*Manuel Gonçalves*) e STJ 18/4/2006 (*Sebastião Póvoas*), 29/6/2006 (*Salvador da Costa*), 8/5/2007 (*Sebastião Póvoas*) e 5/7/2007 (*Oliveira Rocha*).

[Voltar ao texto](#)

59) Na perspectiva daquela que é a concepção substantiva dominante.

[Voltar ao texto](#)

60) De que as decisões contidas nos seguintes Acs. são mero, mas paradigmático exemplo: TRE 17/5/2007 (*Acácio Nunes*) e STJ 18/12/2003 (*Araújo Barros*), 18/11/2004 (*Neves Ribeiro*) e 21/5/2009 (*Santos Bernardino*).

[Voltar ao texto](#)

61) Pois que, como nos explica M. C. *Teixeira Patrício*, p. 39, com recurso à *teoria dos jogos*, "o nível de conhecimentos adquirido pelos jogadores sobre os outros e sobre o jogo influencia o comportamento de todos. Por este motivo, basta que a probabilidade de condenação seja entendida como maior ou menor para que tal condicione, frequentemente, o desfecho da contenda".

[Voltar ao texto](#)

62) Como bem conclui M. C. *Teixeira Patrício*, p. 49, "o queixoso levará a acção até ao momento em que as expectativas sobre o montante da decisão final forem iguais ou inferiores ao montante total previsível de custos com o processo". No caso que tratamos – independentemente do aspecto das custas judiciais –, o favor das vicissitudes processuais coloca sempre em patamares elevados a expectativa do devedor em suceder na causa. A ponto de se o poder qualificar como um *litigante frívolo* (insistente), quando provoca uma litigância (à partida, e no capítulo substantivo) com baixa probabilidade de êxito (*idem*, pp. 63 e ss.).

[Voltar ao texto](#)

63) Ideia que ressalta já do Ac. STJ 12/5/1983 (*Rodrigues Bastos*). Colhendo ali influência, v. os Acs. TRL 1/6/2000 (relator *Arlindo Rocha*) e TRP 21/12/2006 (*Pinto de Almeida*) e 6/11/2008 (*Pinto de Almeida*).

[Voltar ao texto](#)

64) V., neste sentido, os Acs. TRL 19/5/2009 (*Isabel Salgado*) e TRP 3/6/1991 (*Abílio de Vasconcelos*).

[Voltar ao texto](#)

65) G. *Treitel*, "Remedies for Breach...", cit., p. 126 refere isto mesmo: que a exigência de um grau de "seriousness" no incumprimento foi uma medida encontrada para entravar desvinculações fundadas, p. ex., em flutuações de mercado.

V. os Acs. TRP 13/12/2005 (Henrique Araújo)] e STJ 10/9/2009 (Santos Bernardino).

[Voltar ao texto](#)

66) Cfr. Ac. STJ 14/10/1986 (*Alcides de Almeida*).

[Voltar ao texto](#)

67) Quanto mais não seja pelo facto de, entre as fases formativa e executiva do contrato, poder mediar um lapso de tempo considerável, conduzindo a que a utilidade concreta da prestação sofra variações ou em virtude de factos externos, ou por uma mudança razoável da vontade do credor.

[Voltar ao texto](#)

68) L. *Diez-Picazo* e A. *Gullón*, pp. 813-814 afirmam – em tom crítico perante a contenção da jurisprudência espanhola no reconhecimento da resolução – que, se é justo temperar os instintos resolutivos, que redundariam em situações de abuso, seria ousado considerar que a resolução só poderia ser activada quando o contrato deixasse de ser útil a prosseguir os interesses das partes. Até porque, remata, "a resolução ampara o contraente cumpridor perante o incumprimento, e não apenas perante a frustração do fim do contrato".

[Voltar ao texto](#)

69) Reconhece-o M. *Assunção Cristas*, "É possível impedir...", cit., p. 57 e, na mesma senda, J. *Calvão da Silva*, *Cumprimento e Sanção...*, cit., p. 85.

[Voltar ao texto](#)

70) É que se uma prestação já não oferece objectivamente qualquer tipo de utilidade, a contraprestação, que nasceu ligada àquela, perderá, em princípio, também, a razão da sua existência, por quebra do nexo de reciprocidade que as unia. Isto, sem prejuízo, evidentemente, de, se assim entender, lançar o credor mão da faculdade de manter a sua prestação, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 801.º, n.º 2.

[Voltar ao texto](#)

71) Cfr. J. M. *Antunes Varela*, in *RLJ*, 128, cit., p. 140 e J. *Brandão Proença*, p. 114.
A jurisprudência trilha o mesmo caminho [p.e., o Ac. TRL 1/5/2009 (*Isabel Salgado*)].

[Voltar ao texto](#)

72) O equilíbrio do sistema, dada a inclinação do primeiro mecanismo de conversão da mora em

incumprimento definitivo, exigiria que a interpelação admonitória fosse uma cabal alternativa, ao serviço do interesse do credor. Não o é, todavia. A definição do prazo dá azo a uma insegurança e incerteza pouco toleráveis, com abundância de decisões judiciais. Acresce que, sob uma lógica formalista criticável, a interpelação é entendida como devendo ser submetida, nos seus requisitos, a um considerável nível de exigência. Depois, a jurisprudência tende a não computar o período decorrido entre o atraso e a interpelação, interpretando a inércia do credor como manifestação da persistência do seu interesse no contrato, em prejuízo, depois, da pretensão de desvinculação. Finalmente, a ideia de extensão temporal do período de execução do contrato mediante a dilatação do prazo de cumprimento, comungando de dois interesses antagónicos, não casa com a ideia de que a resolução pode, na sequência do atraso, ser uma opção valiosa e justa, sem lesão excessiva do interesse teoricamente desamparado. Perante um cenário em que a desvinculação surge economicamente justificada, a questão do prazo suplementar perde relevância. Se a interpelação pressupõe que, findo o prazo, o credor consiga receber a prestação com a utilidade expectável inicialmente, um negócio de substituição, em certos casos, permite-o desde logo, como veremos, destituindo de interesse objectivo a espera.

[Voltar ao texto](#)

-
- 73) J. *Beatson, Anson's Law of Contract*, 28.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 580 destaca a importância da avaliação do grau de probabilidade ou improbabilidade da repetição do incumprimento no contexto dos contratos de venda de bens a prestações.

[Voltar ao texto](#)

-
- 74) O que permite ao credor, como nota J. *Brandão Proença*, p. 78, eleger o meio mais favorável para a tutela dos seus interesses, ao ponderar certas circunstâncias objectivas ("a demora e os encargos inerentes a um procedimento executivo ou a sua viabilidade, a fraqueza ou a força económica do seu devedor, a natureza sanável ou insanável da «lesão» contratual, o interesse e a possibilidade de realizar a sua contraprestação") e subjectivas ("v.g., a valorização da utilidade ou da circulação da prestação devida, o interesse em celebrar um novo contrato, reavendo a contraprestação efectuada, ou o interesse em conservá-lo, em virtude de uma relação de confiança acríca").

O credor conhece melhor a probabilidade de cumprimento que o tribunal, porque sabe mais sobre o devedor (Cfr. A. *Schwartz*, "The Case for Specific Performance", in D. G. Baird, *Economics of Contract Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2007, p. 317). Além disso, como pertinentemente nota R. *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 6.^a ed., Nova Iorque, Aspen, 2003, p. 96, "as pessoas que fazem uma transacção geralmente são melhores fiéis juizes dos seus próprios interesses do que um juiz".

S. *Grundmann*, p. 127 coloca em destaque a inovação, ao nível da ordenação dos remédios, trazida pela Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999 (JusNet 86/1999) ("relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas"), *maxime* pelo seu art. 3.^o, por assentar no ponto de partida de que "diferentes remédios não causam os mesmos custos ao devedor". Justificação que, na sua visão, é mais "*straightforward*" do que o pensamento tradicional de que os contratos devem ser mantidos o máximo que for possível.

[Voltar ao texto](#)

-
- 75) Pois que, perante duas providências adequadas, dever-se-á usar o remédio que se traduzir num menor custo para o devedor (Cfr. M. *Assunção Cristas*, *Direito dos Contratos*, cit., p. 50). Mas este custo tem que ser demonstrado.

Aplaudimos, por isso, a nota de L. *Diez-Picazo* e A. *Gullón*, p. 659: "determinados casos de atraso se quedam excluídos ou exonerados da sanção resolutoria, quando aparecem de algum modo

justificados".

[Voltar ao texto](#)

- 76) Porque saber que remédio é o melhor na soma de todos *depende* da importância relativa das considerações que tecemos numa particular situação ou tipo contratual (Cfr. A. M. *Polinsky, An Introduction to Law and Economics*, 2.ª ed., Boston, Little, Brown and Company, 1989, p. 65).

[Voltar ao texto](#)

- 77) Cfr. M. *Assunção Cristas, Direito dos Contratos*, cit., p. 50.

[Voltar ao texto](#)

- 78) L. *Diez-Picazo e A. Gullón*, pp. 813-814 mostram-se críticos perante o revestimento de excepcionalidade e de anomalia que a jurisprudência espanhola confere à resolução.

[Voltar ao texto](#)

- 79) Cfr. M. *Assunção Cristas, Direito dos Contratos*, cit., pp. 50-52. Como sugestivamente afirma J. *Ribeiro de Faria*, pp. 346-347, "o princípio da boa fé (...) comanda e dirige o desenvolvimento e o rearranjo sucessivo da relação contratual". P. *Romano Martinez*, p. 133 sustenta que a adequação entre a gravidade do incumprimento e a pretensão de extinção do vínculo tem de ser ponderada atendendo a regras da boa fé.

Neste sentido, v. o artigo III.-1:103 (1) do *Draft of a Common Frame of Reference (DCFR)*, o qual apela a um dever de agir segundo "*good faith and fair dealing*" no exercício dos remédios do incumprimento.

No Direito italiano, G. *Visintini*, pp. 434-435 e 439 parte de um *princípio de correctude ("correttezza")*, como o veículo de valoração da não importância do atraso, para a afirmação de que, segundo a praxe jurisprudencial, o devedor moroso pode subtrair-se à resolução do contrato quando a pretensão do credor seja contrária à boa fé.

[Voltar ao texto](#)

- 80) V., a título exemplificativo, Ac. STJ 10/3/2005 (*Neves Ribeiro*) e Ac. STJ 29/11/2006 (*Alves Velho*]. Retratando um claro exercício abusivo do direito de resolução, v. Ac. STJ 29/11/2006 (*Moreira Camilo*).

[Voltar ao texto](#)

- 81) Cfr. *Brandão Proença*, p. 129 (*maxime*, n. 361). No entender deste Autor, a protecção do devedor residirá sempre no controlo exercido pelo princípio da boa fé (ou do abuso do direito) sobre a importância do incumprimento acordado.

[Voltar ao texto](#)

- 82) A atenuação das exigências relativamente ao exercício do direito de resolução está patente em recentes alterações de alguns textos estrangeiros. P. ex., a terceira alínea do n.º 2 do § 323 do *BGB*, introduzida pela Reforma operada em 2002, prevê uma cláusula geral de balanceamento ou ponderação entres os interesses das partes: "independentemente da fixação de um prazo ou termo suplementar para que o devedor realize a prestação, o credor dispõe do direito potestativo de resolução do contrato sempre que haja circunstâncias especiais capazes de determinar a dissolução imediata da relação contratual, atendendo ao balanceamento ou à ponderação dos interesses contratuais de cada um dos sujeitos da relação obrigacional". Explicando esta norma por referência ao sistema português, e tomando-a como preferível, v. N.

M. Pinto Oliveira, *Estudos sobre o não cumprimento...*, cit., p. 68, para quem aquela é "mais flexível", por acolher uma "previsão normativa aberta" para conformar o direito de resolução, ao passo que o critério vertido no art. 808.º do Código português é "mais rígido", por acolher uma "previsão normativa fechada", exigindo o desaparecimento (ou a extinção) por completo do interesse do credor.

[Voltar ao texto](#)

-
- 83) À semelhança do que acontece no quadro da Directiva 1999/44/CE (JusNet 86/1999), onde é coarctado ao consumidor o direito de resolução do contrato, quando a falta de conformidade da prestação tenha "escassa importância". E à semelhança, outrossim, do que ocorre em sede de impossibilidade parcial culposa (cfr. art. 802.º, n.º 2).

Exigindo que a conduta do credor se pautar pelos ditames da boa fé (art. 762.º, n.º 2) à conduta do credor, v. o Ac. TRL 15/12/2009 (*Cristina Coelho*).

[Voltar ao texto](#)

-
- 84) Ideia que A. Vaz Serra, *BMJ*, 47, cit., p. 97 já abraçava no seu Projecto de Reforma do Código. Aí proponha que "[a] resolução dos contratos bilaterais ou a recusa da prestação ainda possível e exigência da indemnização por não-cumprimento, não podem basear-se em falta que, segundo a boa fé, seja de pequena importância no cumprimento por uma das partes, com respeito ao interesse da outra". Preceito claramente inspirado no, então (e ainda hoje) vigente, Código Italiano. O que corresponde, conquanto com uma *nuance* de formulação, no Direito Inglês, ao chamado "*substantial performance*", i.e., ao cumprimento que se desvia em pouca expressão daquilo que estava prometido e que, por isso, não confere direito à resolução (Cfr. E. Errante (trad. Robert Devreux), *The Anglo-American law of contracts. Le droit Anglo-Américain des contrats*, 2.ªed., Paris, L.G.D.J – Jupiter, 2001, p. 178).

[Voltar ao texto](#)

-
- 85) Do ponto de vista do credor será sempre, já que, tendo o remédio da execução específica à sua disposição, ele só optará pela desvinculação se ela lhe proporcionar mais utilidade que a subsistência da vinculação ao contrato (S. Shavell, *Foundations of Economic...*, cit., p. 377).

[Voltar ao texto](#)

-
- 86) J. Cartwright, *Contract Law: An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 255 frisa isto mesmo: "[a resolução] é um remédio muito útil, que permite à parte cumpridora a desvinculação do contrato e, quando apropriado, a negociação de um contrato substituto". Cfr., também, C. D. Rohwer e A. M. Skrocki, *Contracts in a Nutshell*, 5.ª ed., St. Paul, West Group, 2000, pp. 475 e 478-479.

[Voltar ao texto](#)

-
- 87) "Sempre que uma alteração na lei torna alguém melhor sem tornar qualquer outra pior, a Eficiência de Pareto requer uma mudança na lei" (R. Cooter e T. Ulen, p. 195). Segundo estes Autores, "*Pareto-efficient law*" é um conceito técnico para "*responsive law*", concluindo que uma teoria do Direito baseada na Eficiência de Pareto é reactiva ("*responsive*"), não dogmática.

[Voltar ao texto](#)

-
- 88) Ideia que encontramos reflectidas nas palavras de S. Shavell, *Foundations of Economic...*, cit., pp. 371-374, quando refere que o cumprimento deve ser a opção promovida pelas partes, quando a valorização que o comprador faça do contrato extravase economicamente a proposta de um terceiro.

89) Critério de eficiência económica – assente em premissas menos rigorosas que o critério de Pareto – que caracteriza como mais eficiente um "*outcome*" onde o incremento no bem-estar da parte ganhadora é, *em teoria*, capaz de compensar a perda da parte perdedora.

[Voltar ao texto](#)

90) Prescinde-se aqui, por falta de espaço, de perscrutar qual a modalidade mais eficiente: a "*expectation damages*" ou a "*reliance damages*".

[Voltar ao texto](#)

91) Entender-se-á aqui como "*únicos*" aqueles objectos para os quais os tribunais teriam grande dificuldade na identificação de substitutos, abraçando-se a classificação de Kronman (Cfr. A. Schwartz, p. 293). Ao adquirente deste bem interessará mais o bem em si do que o valor pecuniário que o quantifica (Cfr. R. Cooter e T. Ulen, p. 251).

[Voltar ao texto](#)

92) A discussão é mais rica do que isto, já que se estuda também a eficiência relativa destes remédios consoante a prestação seja de "*dare*" ou de "*facere*". Por envolverem a consideração de outras variantes, no âmbito restrito deste estudo, detemo-nos apenas sobre os contratos que têm por objecto a *entrega de bens*.

Para uma análise detida sobre esta destringa, v. A. Schwartz, pp. 285-319.

[Voltar ao texto](#)

93) Sobre os problemas económicos que estes custos acarretam, v. A. Schwartz, pp. 305-309.

[Voltar ao texto](#)

94) Claras são, por isso, as vantagens em existir mercados, e não tribunais, a resolver a incerteza dos preços (Cfr. R. Cooter e T. Ulen, p. 260). Em geral, o erro no cálculo judicial decresce com o aumento da facilidade de substituição do cumprimento (*idem*, p. 251).

[Voltar ao texto](#)

95) Ao contrário dos remédios indemnizatórios, a execução específica não acarreta dificuldades de avaliação para os tribunais: estes ordenarão a transacção ao *preço do contrato*, não tendo, por isso, de fixar um preço. O maior mérito assinalado à execução específica é, pois, a sua capacidade de atender à *valorização subjectiva ou não pecuniária* que as partes atribuem ao contrato – algo que os tribunais são incapazes de determinar, optando, designadamente, por fixar indemnizações segundo o valor de mercado (Neste sentido, T. J. Miceli, *The Economic Approach to Law*, Stanford, California, Stanford University Press, 2004, pp. 146-147). Alguns economistas entendem mesmo que o problema de avaliação pelos tribunais é tão severo que o Direito contratual deve adoptar a execução específica mais vezes como remédio (Cfr. R. Cooter e T. Ulen, p. 260).

[Voltar ao texto](#)

96) Cfr., entre muitos outros, A. Schwartz, pp. 285-319, T. J. Miceli, p. 144, R. Cooter e T. Ulen, p. 250, S. Shavell, *Foundations of Economic...*, cit., p. 377 e R. Posner, p. 131. Uma das principais razões para se atribuir o direito à realização coactiva da prestação deve-se à infungibilidade da prestação, à indeterminabilidade dos valores em jogo ou à ostensiva superioridade do valor de

uso em relação ao valor de troca (F. Araújo, p. 803).

Solução que se encontra consagrada no Direito inglês, com base em algumas destas ideias. Cfr. O. Lando e H. Beale, pp. 395 e 398 e J. Cartwright, pp. 254.

[Voltar ao texto](#)

- 97) De acordo com a célebre ideia de Kronman, de que a limitação à execução é consistente com a intenção das partes, já que, podendo – *i.e.*, na ausência de uma regra geral –, teriam criado a execução específica como remédio apenas para a venda de bens ou serviços "únicos" (Cfr. A. Schwartz, p. 293).

[Voltar ao texto](#)

- 98) Entende-se que, em caso de "bens não únicos", as partes provavelmente negociariam por um remédio indemnizatório, porque protegeria adequadamente o credor, enquanto que o devedor desejaria estar livre para aceitar propostas mais favoráveis (Cfr. A. Schwartz, p. 293).
E. A. Farnsworth, p. 643 assinala que os tribunais geralmente toleram mais o atraso de um vendedor de bens especialmente fabricados, inadequados para venda a terceiros, que de um vendedor de bens facilmente revendáveis.

[Voltar ao texto](#)

- 99) Cfr. A. Schwartz, p. 293.

[Voltar ao texto](#)

- 100) A indemnização é configurada como um remédio que se impõe ao credor, neste tipo de casos, pois assim se permite a liberdade do devedor para aceitar propostas mais favoráveis (Cfr. A. Schwartz, p. 293).

[Voltar ao texto](#)

- 101) Dispensa-se, ora, por facilidade de explicação, de referir "credor" e "devedor", por, nas obrigações sinalagmáticas, ambos o serem em simultâneo.

[Voltar ao texto](#)

- 102) E se o bem for divisível, e o mercado tiver alternativas para a parte não cumprida, a resolução parcial pode, desde que proporcionada, ser uma solução eficiente.
Dificuldades poderão, contudo, surgir se as partes não tiverem iguais condições de acesso a esse mercado.

[Voltar ao texto](#)

- 103) Aqui exercendo o ónus de demonstrar factos impeditivos do direito de resolução (art. 342.º, n.º 2).

[Voltar ao texto](#)

- 104) Nesta ocasião, o credor provavelmente recuará na decisão de resolver; o devedor, havendo resolução, terá porventura o incentivo a recorrer a tribunal a fim de discutir e desfazer aquela opção.

[Voltar ao texto](#)

- 105) R. Cooter e T. Ulen, p. 196 enfatizam os níveis de *incerteza* e *risco* que a passagem do tempo

entre a formalização do acordo e o seu cumprimento geram, o que corporiza obstáculos às trocas e à cooperação.

[Voltar ao texto](#)

- 106) É certo que este prazo não é acordado, mas o facto de dever atender ao interesse do devedor e à prestação objectivamente considerada é suficiente para poder conduzir à incorrência naqueles custos.

[Voltar ao texto](#)

- 107) São impressionantemente abundantes os procedimentos judiciais provocados, em Portugal, para discussão da razoabilidade dos prazos concedidos nestes domínios.

[Voltar ao texto](#)

- 108) Note-se que, para que seja possível compreender e visar criticamente as soluções normativas do Direito dos Contratos sob um prisma de eficiência, sem incorrência no risco ou tentação de, consciente ou inconscientemente, subordinar a construção jurídica à construção económica, é necessário que se aceite que as conclusões da Teoria Económica não podem comunicar directamente com as conclusões do Direito, sem que antes sejam, mediante um processo de filtragem – que permite tomar em conta as referências próprias do sistema jurídico –, convertidas em *valores jurídicos*. Este processo de transformação é exigido para que a interacção entre diferentes sistemas seja possível.

Entendendo como arriscado este exercício, v. *P. Mota Pinto*, "Sobre a alegada "superação" do Direito pela análise económica", in *O direito e o futuro, o futuro do direito*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 169 e ss.

[Voltar ao texto](#)

- 109) A. *Schwartz*, p. 284 nota que o propósito dos remédios contratuais é o de colocar a parte cumpridora numa posição tão boa quanto aquela que ele teria querido encontrar-se se o acordo tivesse sido cumprido. E, acrescenta, um dos métodos que o Direito Contratual tem de atingir este escopo é permitir-lhe investir num cumprimento substituto.

[Voltar ao texto](#)

- 110) Mesmo que a justificação seja a de que a resolução é um "remédio mais célere que uma acção por cumprimento ou danos" (G. *Treitel*, "Remedies for Breach...", cit, p. 112).

[Voltar ao texto](#)

- 111) Eventualmente, num contexto em que o incumprimento seja pouco significativo e de fácil reposição. Neste caso, a manutenção do contrato impor-se-á como imperativo ditado pela boa fé. Na verdade, este crivo funciona, outrossim, a favor do devedor que quer ter a possibilidade renovada de cumprir. Note-se como, ao abrigo do § 242 do BGB, a *Nachfrist* (última oportunidade de cumprimento) apenas é concedida quando não o fazer equivaleria a infringir seriamente os interesses do devedor, atacando exigências de boa fé. Tais casos são, todavia, entendidos como excepcionais (Cfr. H. *Beale*, et al., p. 792).

[Voltar ao texto](#)

- 112) Neste tipo de prestações, aliás, dificilmente a resolução interessará ao credor, ora por o mercado lhe não oferecer facilmente um bem alternativo, ora por a satisfação do seu interesse poder pressupor a actividade do concreto devedor.

113) A jurisprudência actual tem, no entanto, interpretado a formação de um acordo de cobertura como um sinal objectivo de que o credor ainda permanece interessado no cumprimento, vedando-lhe a resolução. Assim, o Ac. TRL 27/4/2006 (*Fátima Galante*). Vislumbrando na celebração de um contrato igual ao incumprido temporariamente uma perda de interesse meramente subjectiva, incapaz de fundar a resolução, v. o Ac. TRE 29/5/2008 (*Eduardo Tenazinha*).

[Voltar ao texto](#)

114) Assim, A. Vaz Serra, "Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 1969", in *RLJ*, 104, 1972, pp. 11-12 (necessário se afigura, no entanto, no seu parecer, que a culpa do credor não seja superior à que seja de imputar à do devedor). V., no mesmo sentido, J. Calvão da Silva, *Sinal e Contrato Promessa*, 11ª ed., rev. e aum., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 146-148.

Já assim decidiu, nos mesmíssimos termos, o STJ, em Ac. 2/12/2008 (*Moreira Alves*): "[a] concorrência de culpas no incumprimento não impede, só por si, o direito à resolução do contrato bilateral (...) direito à resolução que apenas será de excluir em relação ao exclusivo ou principal culpado pelo incumprimento (...)". A jurisprudência tem sido, pois, aberta a este entendimento [v., ainda, o Ac. TRL 19/4/2007 (*Fernanda Isabel Pereira*)].

[Voltar ao texto](#)

115) Sobre a aplicação desta norma e deste pensamento à resolução de um contrato-promessa, v. R. Guichard e S. 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 *Revista Direito e Justiça*, vol. XIV, tomo I, 2000, pp. 328-330.

[Voltar ao texto](#)

116) Nivelando-se, desse modo, pelo interesse contratual negativo a indemnização devida. Para uma discussão em torno do tipo de indemnização cumulável com a resolução contratual, v. P. Mota Pinto, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

M. Lima Rego, "No right to perform a contract?", in *Themis*, Almedina, 2006 propõe-nos uma tese algo semelhante quando, no âmbito de um contrato de prestação de serviços, o credor do serviço decida renunciar ao benefício do crédito, por perda *ex post* do interesse na prestação, e desvincular-se do contrato. A Autora propõe que o credor do serviço não fique adstrito ao pagamento integral da contraprestação, devendo, nomeadamente, tomar-se em conta as poupanças que o devedor realizou por não ter prestado.

O art. III.-3:706 do DCFR reputa, até, como indemnizável a diferença de valor entre o contrato terminado e aquele a que o credor razoavelmente recorreu para o substituir.

[Voltar ao texto](#)

117) Os instrumentos de direito europeu dos contratos mostram alguma simpatia por soluções próximas da sugerida [cfr. os arts. 9:101 dos *Principles of European Contract Law* (PECL) e III.-3:301 (2) do DCFR e o art. 9:102 (2), al. d) dos PECL].

[Voltar ao texto](#)

- 118) Nestes termos, até se poderá dizer que não é o negócio de substituição o que provoca a desvinculação, mas a possibilidade da sua celebração que, conduzindo à perda do interesse no contrato, legitima a desvinculação.

[Voltar ao texto](#)

- 119) Cfr. *N. Garoupa*, "Análise Económica do Direito", in *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 32 Outubro/Dezembro, 2002, p. 29. A regulação legal do incumprimento contratual pode providenciar às partes os correctos incentivos quer para incumprirem o contrato quando o incumprimento seja a via mais eficiente, quer para prevenirem um incumprimento motivado por razões oportunistas (Cfr., também, *H. Schäfer* e *C. Ott*, p. 321).

[Voltar ao texto](#)

- 120) Um dos *propósitos do Direito contratual* assinalados por *R. Cooter* e *T. Ulen*, p. 201.

[Voltar ao texto](#)

- 121) Cfr. *R. P. Malloy*, *Law in a Market Context. An Introduction to Market Concepts in Legal Reasoning*, Cambridge University Press, 2004, p. 199 e *H. Schäfer* e *C. Ott*, p. 321.

[Voltar ao texto](#)

- 122) Segundo *F. Araújo*, p. 737, esta situação deveria muitas vezes designar-se por "ajustamento eficiente", já que "não passa do reconhecimento de alternativas mais vantajosas à continuação do contrato, que levam por exemplo a que uma das partes "liberte" a contraparte para uma outra relação contratual globalmente mais eficiente, ou não insista num cumprimento que deixou de ser bilateralmente vantajoso, reconhecendo que razoavelmente não é de exigir o que não se estipularia se as condições *ex post* fossem conhecidas *ex ante*".

A tese do incumprimento eficiente nasce, na verdade, de uma simples constatação: numa perspectiva económica, um contrato válido é aquele que conduz a um aumento da utilidade para as partes através da alocação dos recursos para o seu uso de maior valor; o problema está em que circunstâncias podem surgir após a assinatura do contrato e com elas um custo que excede o benefício agregado de ambas as partes, desse modo tornando-o – contra o cálculo inicial – ineficiente (Cfr. *H. Schäfer* e *C. Ott*, p. 321).

Cfr., também, *R. P. Malloy*, p. 200 e *T. J. Miceli*, pp. 131.

[Voltar ao texto](#)

- 123) Com especial ênfase, entre nós, v. *P. Mota Pinto*, "Sobre a alegada "superação"...", cit., pp. 183 e ss. Em geral, sobre o conflito entre eficiência e equidade, v. *A. M. Polinsky*, *An Introduction to Law...*, cit., pp. 7 e ss.

[Voltar ao texto](#)

- 124) Cfr. *F. Araújo*, pp. 735-743. *S. Shavell*, num artigo recente ("Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts", in *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*, Paper 644, 2009, disponível em http://lsr.nellco.org/harvard_olin/644), explica que o incumprimento pode muitas vezes ser visto como moral, a partir do momento em que percebamos que os contratos são acordos incompletos e que o incumprimento pode ter lugar em contingências problemáticas que não foram regidas pelo contrato. E, quando isto acontece, é um erro tratar o incumprimento como a *violação de uma promessa*.

[Voltar ao texto](#)

- 125) Em "Damage measures for breach of contract", in D. G. Baird, *Economics of Contract Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2007, pp. 219 e 238, S. *Shavell* nota que os contratos são geralmente "incompletos", porque é quase sempre dispendioso, se não mesmo impossível, inserir-lhes, a um nível detalhado, cláusulas que regulem todas as contingências que possam surgir ao longo da sua "vida". Em "Why Breach of Contract...", cit., conclui, como vimos na nota anterior, que é por terem essa natureza que o incumprimento pode ser, em certos casos, moral, contanto que se conclua que, se tivessem contemplado a contingência na fase formativa, o cumprimento não seria requerido perante esse evento.

[Voltar ao texto](#)

- 126) Todos os acórdãos, com excepção daqueles a que se fizer menção especial, encontram-se integralmente disponíveis em www.dgsi.pt.

[Voltar ao texto](#)

JusNet