

A RECUSA DO DEVER DE PRESTAR ANTES DO VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO: COMPARAÇÃO ENTRE A ORDEM JURÍDICA INGLESA, A ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA E O *DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE*

Pelo Dr. David Ruah Halfin(*)

Sumário:

I. Introdução e sequência. II. A recusa do dever prestar antes do vencimento da obrigação na ordem jurídica inglesa: 1. Enquadramento dogmático-sistemático: § 1. *Aspectos gerais sobre a law of contract (excursão);* § 2. *Enquadramento dogmático-sistemático da anticipatory breach.* 2. A manifestação de recusa: forma, modalidades e requisitos de eficácia. 3. Aceitação e rejeição da recusa pelo contraente fiel. 4. (Ir)revogabilidade da recusa. 5. Efeitos. **III. A recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação na ordem jurídica portuguesa:** 6. Enquadramento dogmático-sistemático. 7. A manifestação de recusa: forma, modalidades e requisitos de eficácia. 8. Aceitação e rejeição da recusa pelo contraente fiel. 9. (Ir)revogabilidade da recusa. 10. Efeitos. **IV. A recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação no *Draft Common Frame of Reference*:** 11. Enquadramento dogmático-sistemático. 12. A manifestação de recusa: forma, modalidades e requisitos de eficácia. 13. Aceitação e rejeição da recusa pelo contraente fiel. 14. (Ir)revogabilidade da recusa. 15. Efeitos. **V. Síntese comparativa:** 16. Síntese comparativa. 17. Grelha comparativa.

(*) Advogado associado à Miranda & Associados. Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

*Tant que tu ne cesseras de monter, les marches ne cesseront pas;
sous tes pieds qui montent, elles se multiplieront à l'infini.*

FRANZ KAFKA, *Protecteurs*, Oeuvres Complètes,
Cercle du Livre Précieux, 1964-65.

Palavras-chave:

Anticipatory breach/repudiation; declaração de não-cumprimento;
dever de prestar; vencimento (da obrigação).

Advertências

I. Texto em conformidade com o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1945, aprovado pelo Decreto 35.228, de 8 de Dezembro de 1945, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 32/73, de 6 de Fevereiro. **II.** A referência segue as Normas Portuguesas (Instituto Português da Qualidade) NP 405-1.1994, NP 405-2.1998, NP 405-3.2000 e NP 405-4.2002. **III.** A referência mais completa surge na primeira citação. **IV.** No presente trabalho de Direito Comparado, os textos em língua estrangeira não são objecto de tradução. **V.** Todos os preceitos legais referidos ou citados, salvo indicação em contrário, pertencem ao Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966. **VI.** Citação da jurisprudência inglesa em conformidade com o *neutral citation system*.

I. Introdução e sequência

A noção de obrigação pode conceber-se como uma *realidade jurídica* complexa⁽¹⁾. Assim e sem prejuízo dos seus vários significados (alguns deles emprestados à linguagem comum), ela pode ser encarada como realidade compreensiva, que é adequada a abranger elementos jurídicos activos e passivos. Enquanto realidade que *é*, a obrigação vê-se perpassada pela ordem temporal e, por isso, dentro dos limites permitidos pela comunicação, ela apresenta um momento em que nasce, permanece e se extingue. O cumprimento surge, então, apenas e só como um dos seus modos de extinção, ou melhor, como um dos *eventuais* modos de extinção. Todavia, esta imagem da obrigação resulta de uma longa evolução cultural, sem inteira correspondência no *common law*, a despeito das mais recentes interpenebrações ocorridas entre as diversas famílias jurídicas⁽²⁾.

Dito isto, poder-se-ia afirmar que, estando estabelecido um prazo para o cumprimento, só após o respectivo decurso seria possível falar em incumprimento da obrigação. Por outras palavras e em termos mais rigorosos, nenhuma conduta ocorrida antes da data fixada para o cumprimento, contrária ao programa obrigacional, poderia suscitar antecipadamente os efeitos associados ao incumprimento. No entanto, uma perspectiva tão conceptualista não tem sido corroborada pela generalidade dos sistemas jurídicos continentais, nem sequer pelos sistemas anglo-saxónicos. Tem sido, na verdade, atribuída relevância normativa à hipótese — às hipóteses — de declaração da intenção de não cumprir.

(1) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II — Direito das obrigações, Tomo I*, 2009, Coimbra: Almedina, pp. 297-309; 441-495. A este respeito, embora num sentido não inteiramente coincidente, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 10.^a ed. reelaborada, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 73-80: “Parece seguro que a óptica complexiva e dinâmica, que encara a obrigação ou relação obrigacional como um *sistema, organismo* ou *processo*, encadeado e desdobrado em direcção ao adimplemento, à satisfação do interesse do credor, possibilita mais rigorosa compreensão anátomo-fisiológica do instituto e de certos dados da fenomenologia jurídica”.

(2) GEOFFREY SAMUEL, *Law of obligations and Legal remedies*, 2.^a ed., Londres: Cavendish, 2001, pp. 249 e ss.: “Although, as we have seen, the term ‘law of obligations’ is being used with increasing frequency in English law it can never have quite the same meaning for common lawyers as it does for the continental jurist”.

Não se vai, neste âmbito, analisar comparativamente toda e qualquer “declaração de não-cumprimento”, mas apenas a declaração referente a uma obrigação aprazada e cujo prazo se ache estabelecido a favor do emitente dessa declaração⁽³⁾. A acrescer ao plano da previsão, importa ainda circunscrever o plano da estatuição, ou seja, delimitado o estudo à recusa do dever de prestar emitida antes do vencimento da obrigação e quando o prazo se ache estabelecido a favor do emitente, interessa averiguá-lo com reporte aos efeitos do incumprimento e, não, à luz do cumprimento meramente retardado.

O interesse manifestado pelo tema não advém da sua novidade. Tanto quanto parece com origem na ordem jurídica inglesa⁽⁴⁾, foi o mesmo ponderado nos preparatórios do Código Civil de 1966⁽⁵⁾, colhendo também largo tratamento na manualística obrigacional e em estudos específicos⁽⁶⁾. É, por conseguinte, um problema relativamente estabilizado e que merece mesmo consagração em vários textos internacionais sobre direito dos contratos⁽⁷⁾. Apesar desse enraizamento e perante a inexistência de uma previsão normativa expressa, a declaração de não cumprimento tem, entre nós, convocado patentes divergências doutrinárias e jurís-

⁽³⁾ Para uma circunscrição semelhante do objecto, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA “Recusa de cumprimento declarada antes do vencimento: estudo de Direito Comparado e de Direito Civil Português”, *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa: Lex, pp. 291-317 (306-308).

⁽⁴⁾ JOANA FARRAJOTA, “Anticipatory breach no direito português?”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, 2.º Volume, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 287-320 (288). Já na fase de finalização deste artigo, a Autora deu à estampa a sua dissertação de doutoramento, cujo texto não foi aqui considerado por constrangimentos de prazos de publicação — *A resolução do Contrato sem Fundamento*, Coimbra: Almedina, 2015.

⁽⁵⁾ Cf., *infra*, III, 6.

⁽⁶⁾ Além dos trabalhos referenciados nas duas anteriores notas, *vide*, ainda, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “A hipótese da declaração (*lato sensu*) antecipada de incumprimento por parte do devedor”, *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 359-401.

⁽⁷⁾ Entre outros, art. 72.º da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias; art. 90.º do Código Europeu dos Contratos; art. 7.3.3. dos Princípios UNIDROIT/2010; artigo 9:304 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos (PDEC/2002) e, ainda, art. 117.º do CESL.

prudenciais. Estas incertezas, com relevantes reflexos juspositivos, concitam interesse pela questão. Não só de em termos dogmáticos, como também comparativos.

De quanto fica exposto, procurar-se-á conduzir uma comparação da “recusa do dever de prestar” à luz da ordem jurídica inglesa e da ordem jurídica portuguesa. A estes dois *comparandas* e apesar de não constituir um verdadeiro sistema jurídico, acrescentar-se-á o *Draft Common Frame of reference* (DCFR)⁽⁸⁾. Assim e sem se encimar as tendências economicistas imperantes, constituindo o DCFR um imenso trabalho de impulso comunitário e que aparenta feições académicas muito diversificadas⁽⁹⁾, pode o mesmo constituir um desses elementos ao serviço do progresso do direito nacional dos contratos ^(10/11). Analisar-se-á, pois, sucessivamente a

⁽⁸⁾ CHRISTIAN VON BAR; ERIC CLIVE (ed.), *Principles, Definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR) Full Edition*, Volume I, Munique: Sellier, 2009.

⁽⁹⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 3. A este respeito refere MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Volume VI — Direito das obrigações: introdução. Sistemas e Direito Europeu. Dogmática Geral*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 267, que: “[o]s instrumentos europeus, mesmo no actual estágio de estudo, prestam-se, ainda, a críticas de outra natureza. O DCFR, por exemplo, pela preocupação de ser apresentado antes do termo do primeiro mandato do presidente da Comissão Durão Barroso, teria sido aprontado sem o tempo de maturação necessário. Aponta-se a falta de transparência, na escolha dos peritos que intervêm”.

⁽¹⁰⁾ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA/JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2014, p. 17, destacando que “os resultados da comparação jurídica são frequentemente postos ao serviço do direito nacional (...)”. E, tb., DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, Volume I, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2014, pp. 21-22. Porém, quanto ao DCFR, FLORIAN MÖSLEIN, “Legal innovation in European contract law: within and beyond the (Draft) Common Frame of Reference”, in HANS-W. MICKLITZ/FABRIZIO CAFAGGI (ed.), *European Private Law after the Common Frame of reference*, Cheltenham: Elgare, 2010, pp. 173-200 (191): “With its basis on pre-existing solutions, the DCFR does not propose many new, innovative solutions previously unseen in the national or European legal framework. Moreover, the instrument is unlikely to trigger future legal innovation, given that it strongly frames legal discussion. The DCFR’s rather ‘traditional’ solutions will be almost as sticky as default rules. The best-solution approach is likely to slow down the driving forces of legal innovation at the European level, replacing the Schumpeterian process of ‘creative destruction’ with an additional layer of path dependency”.

⁽¹¹⁾ O próprio DCFR resulta de um intenso esforço método comparativo. Neste sentido, falava CASTRO MENDES em “unificação do direito como função do direito comparado” — *Direito Comparado*, revisto e actualizado, Lisboa: AAFDL, 1982-1983. Lições

declaração de não cumprimento à luz da ordem jurídica inglesa, da ordem jurídica portuguesa e, por último, à luz do DCFR, ponderando — em cada etapa — os seguintes elementos do termo comparativo⁽¹²⁾:

- i) Enquadramento dogmático-sistemático;
- ii) Manifestação de recusa: forma, modalidades e requisitos de eficácia;
- iii) Aceitação e rejeição da recusa pelo contraente fiel;
- iv) (Ir)revogabilidade da recusa;
- v) Efeitos.

II. A recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação na ordem jurídica inglesa

1. Enquadramento dogmático-sistemático

§1. *Aspectos gerais sobre a law of contract (excurso)*. No decurso do processo microcomparativo, achando-se o jurista diante uma ordem jurídica que não é a sua e cuja matriz é-lhe relativamente estranha, prefigura-se razão adicional contextualizar o termo em comparação. Cabendo ao caso considerar a recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação, parece lógico que se comece por alinhar algumas noções referentes ao direito dos con-

ao curso da Faculdade de Direito de Lisboa de 1982-1983, pp. 86-97. E, quanto à elaboração do DCFR, FLORIAN MÖSLEIN, “Legal innovation in European contract law: within and beyond the (Draft) Common Frame of Reference”, p. 179.

⁽¹²⁾ FERREIRA DE ALMEIDA/MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p. 29: “Sem prejuízo das dúvidas que possa suscitar a escolha dos direitos a comparar, a maior dificuldade consiste, tal como na macrocomparação, no modo de decomposição comum dos termos a comparar”, ou seja, como especifica MOURA VICENTE, *ob. cit.*, p. 42, “(...) há que decompor o *tertium comparationis* em diferentes subquestões ou problemas específicos relativamente aos quais se indagarão depois as soluções consagradas nos sistemas jurídicos considerados”.

tratos no sistema inglês. Segundo esta ordem de ideias, a *law of contract* resulta de uma elaboração sobretudo jurisprudencial e casuística, tendo a lei desempenhado função bastante secundária. Afirma-se mesmo que o direito dos contratos “is the child of commerce”⁽¹³⁾. Até a um estágio bastante, o direito inglês permaneceu incólume às influências continentais⁽¹⁴⁾ e, muito em particular, à terceira sistemática germânica. Hoje, contudo, assevera-se que a *law of contract* “is part of law of obligations (...). Broadly, this is a part of private law (...)”⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ JACK BEATSON/ANDREW BURROWS/JOHN CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 29.^a ed., Oxford: OUP, 2010, p. 1.

⁽¹⁴⁾ Cf., por todos, sobre a evolução histórica, MICHAEL FURMSTON, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 16.^a ed., Oxford: OUP, 2012, pp. 2-39. E, ainda, PAUL RICHARDS, *Law of Contract*, 9.^a ed., Essex: Pearson, 2009, pp. 3-12. A *law of contract* remontaria aos séculos XIII e XIV, ainda que o Direito Medieval estivesse pouco interessado nos litígios contratuais, que eram dirimidos fora dos quadros do *common law* (v.g., county courts, borough courts, courts of markets and fairs, courts of universities, courts of the Church, courts of manors, etc.) (Furmston, p. 2). Por outro lado, apenas os *formal contracts* tinham relevância jurídica por força da *action of covenant* e da *action for damages*, tendo esta última dado lugar à *action of debt* (Furmston, p. 3; Richards, p. 3). O passo decisivo seria dado através das *actions of trespass*, que, tendo sido elaboradas para tutelar *wrongs* ou *torts*, acabariam por colmatar a lacuna do *common law* quanto aos *informal contracts* (Furmston, p. 6). A *action of trespass* ficaria conhecida também como *action of assumpsit*, na sequência da famosa decisão *Slade's Case* (1602), ficando sob a competência da Court of the King's Bench (Richards, p. 4). Ao longo dos séculos XVII e XVIII, assistiu-se à progressiva formalização do direito contratual, assim como ao alargamento do âmbito aplicativo da *assumpsit*, nomeadamente ao domínio dos *quasi-contracts* (Furmston, pp. 11-12). O século XIX afirmar-se-ia como o “*golden age*” do direito contratual (Richards, p. 4), com ele surgindo os grandes tratados sobre a matéria (Furmston, p. 13). As influências continentais tornar-se-iam patentes, mediante a tradução dos monumentos de Pothier e Savigny e, bem assim, pelo acolhimento dos princípios da *freedom and sanctity of contracts*, então associados à teoria da vontade (*will theory*) (Furmston, pp. 22-23). O *laissez-faire* oitocentista acabaria, todavia, por ceder ao proteccionismo social, o qual só viria a conhecer um certo recuo no período mais recente do Tatcherismo (Richards, pp. 6-8). Esta alteração de paradigma leva mesmo alguns estudiosos a afirmarem que “it is probably better to regard English contract law as a law of contracts, rather than a law of contract, despite the existence of a generalised framework of rules which govern most contracts (...)” — DAVID OUGHTON/MARTIN DAVIS, *Sourcebook on Contract Law*, 2.^a ed., Cavendish, 2000, p. 2.

⁽¹⁵⁾ PATRICK S. ATIYAH, *An introduction to the Law of Contract*, 5.^a ed., Oxford: Clarendon, 1995, p. 1. Mais adianta que a *law of obligations* reparte-se por três distintos ramos sendo eles i) a *law of contracts*, ii) a *law of torts* e iii) a *law of restitution*.

Inexistindo a noção abstracta (e relativamente recente) de negócio jurídico⁽¹⁶⁾, aquela que opera, no direito inglês, é a de *contract*. Duas concepções digladiam-se.

A primeira, de índole formalista, perspectiva-o como uma “promise or set of promises which the law will enforce”. A segunda, de tendência consensualista e aparentada ao dogma da vontade, sob influência do jusnaturalista francês Pothier, encara-o como um “agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by law”⁽¹⁷⁾. Estes dois entendimentos exprimem-me, respectivamente, em duas definições que fizeram escola. Por um lado, seguindo a linha formalista, o contrato vem definido como “a promise or a set of promises for the breach which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes a duty” (Anson)⁽¹⁸⁾. Por outro, na consensualista, vem definido como o “agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by law” (Treitel)⁽¹⁹⁾.

São dois os princípios fundamentais que regem a *law of contract*. Em primeiro lugar, a designada *freedom of contract*, que, de acordo com o ideário do liberalismo clássico, se exprime na ideia de que “you could choose whom you wanted to contract with, and you could arrive at the terms you wanted by mutual agreement”⁽²⁰⁾. Mais tarde, porém, com as restrições infligidas à liberdade de escolha e mediante o surgimento do consumidor-contraente, este princípio acabaria por sofrer alguma atenuação^(21/22).

⁽¹⁶⁾ Neste sentido, p. ex., PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Coimbra: Almedina, 1995. Dissertação de Mestrado, pp. 17-18 (n. 36): “As primeiras origens da figura do ‘negócio jurídico’ parecem proceder — como, aliás, a maioria das figuras que integram a ‘Parte Geral’ — dos autores jusracionalistas e dos *usus modernus pandectarum*, correspondendo ela a ‘um dos resultados mais significativos que a cultura jurídica alemã legou ao pensamento jurídico moderno’”. Ainda, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Volume I, Coimbra: Almedina (Coleção Teses), 1992. Dissertação de Doutoramento, p. 15 (em especial, n. 53).

⁽¹⁷⁾ JOSEPH CHITTY, *Chitty on Contracts, Volume I — General Principles*, 27.^a ed., Londres: Sweet & Maxwell, 1994, pp. 1-4.

⁽¹⁸⁾ BEATSON, *ob. cit.* pp. 1-2.

⁽¹⁹⁾ TREITEL, *The Law of Contract*, 9.^a ed., Londres: Sweet & Maxwell, 1995, p. 1.

⁽²⁰⁾ ATIYAH, *ob. cit.*, p. 14.

⁽²¹⁾ ATIYAH, *ob. cit.*, pp. 15-16.

⁽²²⁾ BEATSON, *ob. cit.*, p. 4.

Em segundo lugar, o direito dos contratos reger-se-ia pela designada *sanctity of contracts* — também denominado como “doctrine of the binding force of contract” —, em função do qual a ordem jurídica concede determinadas pretensões (*remedies*) nas hipóteses de incumprimento contratual (*breach*)(²³).

Tem-se, por outro lado, suscitado o problema de saber se a boa fé (*good faith*) é, ou não, um princípio vigente na ordem jurídica inglesa e isto tanto na fase da formação, como na fase da execução do contrato? Em termos sintéticos, pode dizer-se que a posição tradicional tenderá a responder que as hipóteses abrangidas por este instituto de raiz continental se encontram devidamente cobertas por outras figuras jurídicas do direito inglês(²⁴). Acontece, contudo, que a “literature of English law has begun to consider much more carefully whether there might not be merit in explicitly recognising the advantages of imposing good faith duties on negotiation and performance”, como, de resto, já sucede nos Estados Unidos da América, nomeadamente com por via do American Uniform Commerce Code, cuja Section 1 — 203 dispõe que “every contracts or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement”(²⁵).

§2. *Enquadramento dogmático-sistemático da anticipatory breach.* O cumprimento do contrato (*performance of contract*) pode ser, muito simplesmente, definido como a situação pela qual “a party who performs a contract in accordance with its terms is thereby discharged from his obligations under it”(²⁶). O cumprimento deve ser preciso (*precise*) e exacto (*exact*) e isto tanto quanto ao tempo fixado, como quanto ao “standard” requerido pelo contrato(²⁷). Detecta-se, ainda, nesta sede, um princípio de integridade (*substantial performance*), segundo o qual “a party cannot

(²³) CHITTY, *ob. cit.*, pp. 8-12.

(²⁴) FURMSTON, *ob. cit.*, p. 33. E, para mais desenvolvimentos, OUGHTON, *ob. cit.*, pp. 159-187.

(²⁵) FURMSTON, *ob. cit.*, p. 34.

(²⁶) TREITEL, *ob. cit.*, p. 753.

(²⁷) BEATSON, *ob. cit.*, p. 441.

recover payment for the partial performance of an ‘entire obligation’”(28). Este princípio tem conhecido alguma flexibilização designadamente em nome do enriquecimento sem causa (*unjust enrichment*) do contraente fiel(29).

Em matéria de tempo do cumprimento, vigora a regra geral de que a “performance is due without demand”(30). Se a estipulação quanto ao tempo do cumprimento enquadrar-se na própria essência do contrato (*essence of the contract*), então, nessa hipótese, o cumprimento extemporâneo facultará à contraparte o direito de rescisão (*rescission*). Resta ainda, em matéria do cumprimento, distinguir um *standard of strict liability* e um *standard of due diligence*. No primeiro caso, o cumprimento dos deveres contratuais é aferido objectivamente, ou seja, em função do que convencionado pelas partes. No segundo caso, deve averiguar-se se os contraentes, na execução do contrato, respeitaram os deveres de cuidado exigíveis, i.e., se actuaram com *fault*(31).

Diversamente, dá-se incumprimento contratual (*breach of contract*) quando a “party without lawful excuse fails or refuses to perform what is due from him under the contract, or performs defectively or incapacitates himself from performing”(32). Ao invés do que sucede entre nós — em que importa determinar a específica modalidade de incumprimento para, então, através dessa qualificação, se apurar o regime ao caso aplicável(33) —, no direito inglês

(28) MACMILLAN, *ob. cit.*, p. 171.

(29) BEATSON, *ob. cit.*, pp. 454-457.

(30) TREITEL, *ob. cit.*, p. 753.

(31) BEATSON, *ob. cit.*, p. 441. E ainda, CATHERINE MACMILLAN/RICHARD STONE, *Elements of the law of contract*, reimpr. ed. de 2009, Londres: University of London 2011, p. 172.

(32) TREITEL, *ob. cit.*, p. 832.

(33) ASSUNÇÃO CRISTAS, “Incumprimento Contratual: o Código Civil Português e o DCFR — Notas Comparadas”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, 2.º Volume, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 239-266: “No direito português, a qualificação material do evento desconforme à obrigação contratual é uma operação essencial. Dessa qualificação, feita de acordo com categorias muitas vezes excludentes (por exemplo, mora/incumprimento definitivo, incumprimento total/parcial/defeituoso), decorre a aplicação de um certo regime jurídico. Por isso a chave está na correcta qualificação desse mesmo evento” (248).

essa distinção não é decisiva para aferir as pretensões (remedies) aplicáveis⁽³⁴⁾.

Ainda assim, os tratadistas ingleses têm apontado, como tipologias de incumprimento, i) a *renunciation, repudiation or refusal to perform*, ii) a *impossibility created by on party* e iii) a *defective performance*⁽³⁵⁾. A primeira hipótese dá-se quando a parte declara não querer prosseguir com o contrato⁽³⁶⁾, sendo, então, relevante distinguir se o preceito negocial violado consubstancia uma “promise” ou mera “condition”⁽³⁷⁾. A segunda modalidade ocorre sempre que a realização da prestação se torna impossível por “act or default of one party”. Em qualquer destas hipóteses, porém, não existirá incumprimento se a inexecução for devidamente justificada por uma “lawful excuse” anterior à conduta⁽³⁸⁾.

É hoje aceite que as referidas duas primeiras modalidades de incumprimento podem ocorrer antes ou depois do tempo fixado para o cumprimento. O incumprimento ocorrido antes do vencimento tem unitariamente sido designado de *anticipatory breach*^(39/40) ou de *anticipatory repudiation*⁽⁴¹⁾. Esta ocorre, portanto, quando “before performance is due, a party *either* renounces the contract *or* disables himself from performing it”⁽⁴²⁾. Embora com antecedentes, a teoria da *anticipatory breach* acabou por colher expressa previsão na decisão *Hochster v De La Tour (1853)*. Assim⁽⁴³⁾:

⁽³⁴⁾ BEATSON, *ob. cit.*, p. 507.

⁽³⁵⁾ BEATSON, *ob. cit.*, pp. 512-524 e TREITEL, *ob. cit.*, pp. 832-836.

⁽³⁶⁾ BEATSON, *ob. cit.*, p. 512.

⁽³⁷⁾ TREITEL, *ob. cit.*, pp. 832-834.

⁽³⁸⁾ TREITEL, *ob. cit.*, pp. 835-836.

⁽³⁹⁾ BEATSON, *ob. cit.*, pp. 512-524. E ainda P. M. NIENABER, “The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy”, *The Cambridge Law Journal*, CUP, Volume 20, N.º 2 (Nov./1962), pp. 213-233 (216).

⁽⁴⁰⁾ Para uma crítica terminológica, FURMSTON, *ob. cit.*, p. 614: “The word anticipatory is perhaps a little misleading, for at first sight it seems illogical to admit that a contract can be capable of breach before the time for its performance has arrived”.

⁽⁴¹⁾ QIAO LIU, “Claiming damages upon an anticipatory breach: why should an acceptance be necessary?”, *Legal Studies*, John Wiley and Sons, Volume 25, N.º 4 (2005), pp. 559-577 (559, n. 2).

⁽⁴²⁾ TREITEL, *ob. cit.*, p. 857.

⁽⁴³⁾ *Hochster v De La Tour [1853] EWHC QB J72*, consultável na Internet em <www.bailii.org>. (Consulta efectuada no dia 27/07/2015).

No dia 12 de Abril de 1852, Autor e Réu acordaram que o segundo iria trabalhar para o primeiro, exercendo as funções de carteiro numa viagem de três meses pela Europa. A actividade apenas deveria ter início a partir do dia 1 de Junho de 1852. Acontece que, no dia 11 de Maio, antes do termo fixado para o início da actividade, o Réu declarou que não efectuaria a sua prestação, exonerando o Autor dos seus deveres. Este veio, porém, no dia 22 de Maio, intentar uma acção contra aquele.

A decisão constitui o *leading case* na matéria e dela resulta a *ratio decidendi* de acordo com a qual um repúdio definitivo e incondicional do contrato por uma das partes, comunicado à outra, confere à última a possibilidade de optar pela aceitação do repúdio (podendo exercer pretensão indemnizatória)⁽⁴⁴⁾ ou pela sua rejeição (permanecendo o contrato em execução)⁽⁴⁵⁾. Apesar das inúmeras críticas que lhe têm vindo a ser dirigida⁽⁴⁶⁾, a verdade é que esta regra se encontra, hoje, bem estabelecida⁽⁴⁷⁾. A decisão assenta sobre a teoria da *implied promise* e, conforme melhor resulta do *ober dicta* proferido por Lord Campbell, “(...) where there is a contract to do an act on a future day, there is a relation constituted between the parties in the meantime by the contract, and they impliedly promise that in the meantime neither will do anything to the prejudice of the other inconsistent with that relation”⁽⁴⁸⁾.

(44) Quanto aos efeitos da aceitação ou não aceitação do repúdio — *infra*, II, 5.

(45) Cf., por todos, P. M. NIENABER, “The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy”, *The Cambridge Law Journal*, Cambridge University Press, Volume 20, N.º 2 (Nov./1962), pp. 215-216.

(46) Sobre estas críticas, ARTHUR L. CORBIN, *Corbin on Contracts, Volume I*, Minnesota: West, 1952, pp. 944-946.

(47) TREITEL, *ob. cit.*, p. 860.

(48) *Hochster v De La Tour* [1853]. Sobre a teoria da “promessa implícita”, FRANCIS DAWSON, “Metaphors and Anticipatory Breach of Contract”, *The Cambridge Law Journal*, CUP, Volume 40, N.º 1 (Apr./1981), p. 100: “The principle established in *Hochster v De la Tour* no longer appears to enlarge the obligations of the repudiating party. Once it is appreciated that an anticipatory renunciation, which causes the innocent party to treat himself as excused, amounts to an actual prevention of the implied condition precedent to the innocent party’s right to call for the counter-performance, the conclusion that the innocent party is immediately entitled to maintain his action is quickly reached. As the prevention is an actual breach of an implied promise not to prevent compliance with conditions precedent, it is difficult to see what reason there can be to make the innocent party wait until the date of performance has passed before commencing his action. Why should the innocent party not be allowed to sue immediately?”.

Todavia, já antes de *Hochster v De La Tour*, o problema obtinha acolhimento científico e juspositivo na ordem jurídica inglesa^(49/50). Após um período de desinteresse pela questão⁽⁵¹⁾, os tribunais viram-se confrontados com a necessidade de acautelar a confiança do contraente fiel perante a recusa do dever de prestar. Mantiveram-se, porém, avessos à cessação unilateral da relação contratual. Neste contexto, a solução inicialmente encontrada passaria pela equiparação do repúdio a uma proposta de rescisão (*offer to rescind*), que, depois de aceite pela contraparte, daria lugar à cessação contratual⁽⁵²⁾. Esta construção, apesar de encarada como uma ficção⁽⁵³⁾, ainda persistiu na jurisprudência posterior a *Hochster v De La Tour*⁽⁵⁴⁾ e mantém o seu lastro no actual regime da *anticipatory breach*⁽⁵⁵⁾. O passo decisivo foi dado pela concepção de que uma “(...) action for wrongful repudiation is a failure to perform the main promise”⁽⁵⁶⁾ ou, noutros termos, o repúdio conforma uma directa violação da obrigação principal e não de uma qualquer obrigação implícita⁽⁵⁷⁾. Mais recentemente têm sido propostas análises económicas do repúdio, nomeadamente com reporte ao problema do cômputo dos danos⁽⁵⁸⁾. Fica, contudo, por saber se estas “justificações meramente pragmáticas”⁽⁵⁹⁾ representam verdadei-

⁽⁴⁹⁾ NIENABER, *ob. cit.*, pp. 216-217: “Thus the principle of an anticipatory breach of contract was recognised long before *Hochster v. De La Tour*, and this in turn eventually paved the way for the recognition of anticipatory repudiation as a distinct form of breach of contract”.

⁽⁵⁰⁾ Cf., entre nós, para uma síntese histórico-dogmática, FERREIRA DE ALMEIDA, *Recusa...*, pp. 295-296 e FARRAJOTA, *ob. cit.*, pp. 304-309.

⁽⁵¹⁾ NIENABER, *ob. cit.*, p. 217 — cf., entre outros, *Phillpotts v Evans (1839)*; *Ripley v McClure (1849)*.

⁽⁵²⁾ NIENABER, *ob. cit.*, p. 218.

⁽⁵³⁾ NIENABER, *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁽⁵⁴⁾ NIENABER, *ob. cit.*, p. 220.

⁽⁵⁵⁾ *Infra*, II, 2.

⁽⁵⁶⁾ DAWSON, *ob. cit.*, p. 100.

⁽⁵⁷⁾ Assim, FERREIRA DE ALMEIDA, *Recusa...*, p. 295: “Criticada por não passar de uma ficção, esta tese abriu caminho a uma outra que reconduz o fundamento da *anticipatory breach* ao fundamento comum de qualquer das modalidades de *breach of contract*, ou seja, à violação da promessa contratual em si mesma (*‘failure to perform the main promise’*), ainda que concebida de modo mais amplo do que o tradicional”.

⁽⁵⁸⁾ NIENABER, *ob. cit.*, pp. 225 e ss.

⁽⁵⁹⁾ FERREIRA DE ALMEIDA, *Recusa...*, p. 296.

ros fundamentos ou se, ao invés, constituem simples explicações parcelares do regime jurídico da *anticipatory breach*?

2. A manifestação de recusa: forma, modalidades e requisitos de eficácia

A manifestação da recusa não está sujeita a forma especial⁽⁶⁰⁾, mas pode ser explícita, implícita (“by conduct”) ou “inferred from silence”⁽⁶¹⁾. A manifestação é implícita quando for razoável inferir da sua conduta que a parte não pretende cumprir com os deveres contratuais aos quais se encontra adstrita⁽⁶²⁾. A recusa juridicamente eficaz deve ser clara (*clear*) e absoluta (*absolute*)⁽⁶³⁾, pelo que o contraente inadimplente deve expressar uma “intention clear beyond reasonable doubt no longer to perform his side of the bargain”⁽⁶⁴⁾. Não configuram, assim, *anticipatory breach* o mero pedido de modificação do conteúdo contratual, a solicitação de “cancellation” ou divergências interpretativas⁽⁶⁵⁾.

3. Aceitação e rejeição da recusa pelo contraente fiel

Tem-se entendido que os efeitos da *anticipatory breach* dependem da aceitação da recusa pelo contraente fiel. Vale, pois, a

⁽⁶⁰⁾ CORBIN, *Corbin on Contracts, Volume I*, p. 962: “In order that a mere expression of intention not to perform in the future may be an anticipatory breach, it is necessary that expression shall be communicated to the other party. A letter of repudiation that is written but never mailed, a statement to a third person without in any way authorizing him to repeat it to the other party to the contract, will not be operative as an anticipatory breach”.

⁽⁶¹⁾ BEATSON, *ob. cit.*, pp. 512-513; FURMSTON, *ob. cit.*, p. 674; MACMILLAN, *ob. cit.*, p. 175 e TREITEL, *ob. cit.*, 857.

⁽⁶²⁾ FURMSTON, *ob. cit., loc. cit.*

⁽⁶³⁾ MACMILLAN, *ob. cit.*, p. 175 e TREITEL, *ob. cit.*, p. 857.

⁽⁶⁴⁾ FURMSTON, *ob. cit.*, p. 675. Neste sentido, MACMILLAN, *cit.*, p. 175: “(...) the renunciation must be such as to prove that the party in breach has ‘acted’ such a way as to lead a reasonable man to conclude that he did not intend to fulfil his part of the contract”.

⁽⁶⁵⁾ CORBIN, *cit.*, pp. 960-963.

regra de que não existe uma “automatic termination”⁽⁶⁶⁾, na medida em que “the guilty party should not be allowed to rely on his own wrong so as to obtain a benefit under the contract or to excuse his own failure of further performance, or in some other way to prejudice the injured party’s legal position under the contract”⁽⁶⁷⁾. Assim, confrontado com o repúdio, o contraente fiel vê-se investido no direito de opção entre aceitação ou rejeição desse repúdio⁽⁶⁸⁾. No primeiro caso, o repúdio acarreta a *termination* do contrato, ficando as partes desvinculadas das suas obrigações. Na segunda hipótese, o repúdio acarreta a *affirmation* do contrato, mantendo-se o mesmo em execução⁽⁶⁹⁾.

A aceitação da *repudiation* pode ser expressa ou tácita⁽⁷⁰⁾.

Ela será juridicamente eficaz se for completa (*complete*) e inequívoca (*unequivocal*), não havendo lugar a declarações de aceitação meramente parciais⁽⁷¹⁾. A aceitação do repúdio dá lugar ao direito de indemnização (*damages*) e ao direito de resolução (*rescission*). Neste último caso, porém, o incumprimento tem de consubstanciar uma “substantial failure in performance”^(72/73).

(66) A presente regra teve origem no *ober dicta* proferido pelo Lord Chief of Justice Cockburn, no âmbito do caso *Frost v Knight (1872)*. Assim, nessa passagem, vem referido que “[t]he promisee, if he pleases, may treat the notice of intention as inoperative and await the time when the contract is to be executed and then hold the other party responsible for all the consequences of non-performance; but in that case he keeps the contract alive for the benefit of the other party as well as his own; he remains to all his own obligations and liabilities under it and enables the other party not only to complete the contract, if so advised, notwithstanding, his previous repudiation of it, but also to take advantage of any supervening circumstance which would justify him declining to complete it” — CORBIN, *ob. cit.*, p. 967 e NIENABER, *cit.*, p. 223.

(67) TREITEL, *ob. cit.*, p. 844.

(68) *Infra*, II, 5.

(69) FURMSTON, *ob. cit.*, p. 680.

(70) TREITEL, *ob. cit.*, p. 858.

(71) *Ibidem*, p. 859.

(72) *Ibidem*, pp. 859-860.

(73) FURMSTON, *ob. cit.*, p. 683: “A party who treats a contract as discharged is often said to *rescind* the contract. To describe the legal position in such a manner, however, must inevitably mislead and confuse the unwary. In its primary and more correct sense, as we have already seen, *rescission* means the retrospective cancellation of a contract *ab initio*, as for instance where one of the parties has been guilty of fraudulent misrepresentation. In such a case the contract is destroyed as if it had never existed, but its discharge by

Uma vez comunicada, a aceitação é irrevogável e irrevogável⁽⁷⁴⁾.

Se o contraente fiel rejeitar o repúdio, o contrato permanece em execução e as partes ficam adstritas ao programa obrigacional, não podendo ser intentada qualquer acção por *damages*⁽⁷⁵⁾. Fez escola o trecho de Asquith, de acordo com o qual “an unaccepted repudiation is a thing writ in water and of no value to anybody: it confers no legal rights of any sort or kind”. Trata-se, sem dúvida, de uma fórmula impressiva, mas algo exagerada. Com efeito, reunidos determinados pressupostos em *equity*⁽⁷⁶⁾, o contraente fiel poderá designadamente lançar mão de uma *order of specific performance*⁽⁷⁷⁾.

Se bem que a “offer-theory” tenha sido abandonada como teoria explicativa do repúdio, o seu lastro persiste no regime actualmente vigente, nomeadamente em matéria de eleição do contrato^(78/79). Mais recentemente, a necessidade de eleição tem sido fortemente debatida^(80/81). Nesta querela, suscitam-se dois tipos de questões:

breach never impinges upon rights and obligations that have already matured. It would be better therefore in this context to talk of *termination* or *discharge* rather than of *rescission*”.

⁽⁷⁴⁾ FURMSTON, *ob. cit.*, pp. 684-685.

⁽⁷⁵⁾ TREITEL, *ob. cit.*, pp. 864-865.

⁽⁷⁶⁾ A este propósito, p. ex., FERREIRA DE ALMEIDA/MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, pp. 78-79; 87-88, salientando que “[a] pesar de, no final do século XIX, os *Judicature Acts* terem eliminado a separação entre os tribunais que aplicavam *common law* e a *Chancery*, único tribunal que aplicava regras de *equity*, não se pode dizer que a distinção tenha desaparecido. Continua a ser um critério de divisão do direito inglês, comparada por alguns à oposição direito público-direito privado que não pertence à tradição anglo-saxónica”.

⁽⁷⁷⁾ QIAO LIU, *ob. cit.*, p. 576 (n. 70): “Asquith LJ’s statement was later criticised as an overgeneralisation, and it now seems questionable to what extent it was recognized by English law”. E ainda, FURMSTON, *ob. cit.*, p. 682.

⁽⁷⁸⁾ Salientando um abandono da necessidade da *election*, mas citando apenas jurisprudência norte-americana para o efeito, CORBIN, *ob. cit.*, pp. 967-968: “In a number of well-considered recent cases, the doctrine that an anticipatory breach is not a breach until is accepted as such by the injured party has been repudiated. Their reasoning is convincing and they should now be accepted as having established the law”.

⁽⁷⁹⁾ NIENABER, *ob. cit.*, pp. 222-223.

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem*, pp. 224-225.

⁽⁸¹⁾ DAWSON, *ob. cit.*, pp. 102-103.

- a) a aceitação é condição necessária à propositura da acção indemnizatória?
- b) a aceitação é condição necessária para que o repúdio consubstancie verdadeiro incumprimento?^(82/83).

4. (Ir)revogabilidade da recusa

Contrariamente ao que sucede nos Estados-Unidos da América, a ordem jurídica inglesa parece não admitir a revogação da recusa^(84/85).

5. Efeitos

Consoante o contraente fiel aceite ou rejeite o repúdio, os efeitos serão distintos⁽⁸⁶⁾.

A aceitação da *repudiation* convoca duas principais modalidades de pretensões (*remedies*): direito indemnizatório (*damages*) e direito de resolução (*termination*)⁽⁸⁷⁾.

Os *damages* possuem, em regra, finalidade meramente compensatória⁽⁸⁸⁾, correspondendo a uma soma pecuniária que é calculada através de uma específica operação designada como “quanti-

⁽⁸²⁾ QIAO LIU, *cit.*, pp. 559-560.

⁽⁸³⁾ QIAO LIU, *cit.*, pp. 560 e ss.

⁽⁸⁴⁾ FERREIRA DE ALMEIDA, *Recusa...*, p. 294: “Em comparação com o direito inglês, há porém, no direito norte-americano, duas diferenças assinaláveis: (...) 1.^a — A declaração de *repudiation* é revogável, enquanto não tiver havido reacção da outra parte”.

⁽⁸⁵⁾ CORBIN, *cit.*, pp. 965-966, citando decisões norte-americanas. Por outro lado, NIENABER, *cit.*, p. 222, sem citar jurisprudência inglesa, refere que “(...) *repudiation* alone can effectively be nullified by (...) the repudiator himself (by retracting his *repudiation*)”.

⁽⁸⁶⁾ TREITEL, *ob. cit.*, pp. 859-865.

⁽⁸⁷⁾ TREITEL, *ob. cit. loc. cit.*

⁽⁸⁸⁾ BEATSON, *ob. cit.*, p. 534. E, ainda, MACMILLAN, *ob. cit.*, p. 195: “The purpose of an award of damage is to compensate the injured party, not to punish the party in breach”.

fyng” ou “assessing”⁽⁸⁹⁾. Esse cálculo faz-se geralmente à data do incumprimento^(90/91). Entre o momento da aceitação do repúdio e o tempo fixado para o cumprimento não recai normalmente sobre a parte lesada um dever de mitigar os danos (*mitigation of losses*), exigindo-se apenas que aquele actue razoavelmente (*reasonably*)⁽⁹²⁾. O regime indemnizatório está sob a alçada da *freedom of contract*, podendo as partes definir o quadro aplicável. Cabe, porém, neste âmbito, distinguir as *penalty clauses* e os *liquidated damages*⁽⁹³⁾. Se bem que a distinção possa ser, em concreto, extremamente difícil e a qualificação atribuída não se afigura decisiva⁽⁹⁴⁾, importa, ainda assim, efectuá-la porque as *penalty clauses* serão, em regra, inválidas por considerarem-se convencionadas *in terrorem*. Os *liquidated damages* configuram, por seu turno, uma “genuine pre-estimate of the actual loss”⁽⁹⁵⁾, ou seja, o montante devido à parte lesada corresponde ao que foi previamente estabelecido⁽⁹⁶⁾.

A aceitação do repúdio confere um “right to rescind”, desde que se ache preenchida uma “substantial failure of performance”⁽⁹⁷⁾. As partes vêm-se, nesta hipótese, desvinculadas do programa obrigacional.

A rejeição do repúdio implica que as partes permaneçam adstritas ao vínculo contratual⁽⁹⁸⁾. Não obstante, como já aludido, a fórmula de Asquith — de acordo com a qual “an unaccepted repudiation is a thing writ in water” — conhece vários desvios. Desde

(89) TREITEL, *ob. cit.*, p. 944.

(90) BEATSON, *ob. cit.*, p. 535.

(91) Quanto aos métodos de cálculo, MACMILLAN, *cit.*, pp. 196-197.

(92) BEATSON, *ob. cit.*, pp. 555-556.

(93) TREITEL, *ob. cit.*, pp. 999-1000.

(94) BEATSON, *ob. cit.*, p. 566: “In construing the terms ‘penalty’ and ‘liquidated damages’ when inserted in a contract, the Courts will not be bound by the phraseology used, but will look to the substance rather than to the form. The parties may call the sum specified ‘liquidated damages’ if they wish, but if the Court finds it to be a penalty, it will be treated as such. Conversely, if the parties had described the sum fixed as a ‘penalty’, but it turns out to be a genuine pre-estimate of the loss, it will be treated as liquidated damages”.

(95) TREITEL, *cit.*, p. 999.

(96) BEATSON, *cit.*, p. 570.

(97) TREITEL, *cit.*, p. 860.

(98) TREITEL, *cit.*, pp. 864-865.

logo é permitido ao contraente fiel recorrer a uma *order of specific performance*. Este mecanismo judicial, fundado na *equity*⁽⁹⁹⁾, corresponde a uma “order (...) by which the Court direct the defendant to perform the contact, and in accordance with its terms”⁽¹⁰⁰⁾. Todavia, esta *specific performance* configura um “exceptional remedy”⁽¹⁰¹⁾.

Além de assumir natureza subsidiária diante os *damages*⁽¹⁰²⁾, ela é de aplicação discricionária (mas não arbitrária)⁽¹⁰³⁾, podendo ser negada num conjunto alargado de hipóteses⁽¹⁰⁴⁾. Outra pretensão fundada em *equity* é a designada *injunction*⁽¹⁰⁵⁾. Apresentando também carácter discricionário⁽¹⁰⁶⁾, ela destina-se essencialmente a executar contratos que contenham uma *negative stipulation*. Verificam-se duas modalidades. Por um lado, as *prohibitory injunctions*, que visam travar o incumprimento de um “negative contract or stipulation”. Por outro, as *mandatory injunctions*, que têm por finalidade restaurar a situação que existiria se não tivesse ocorrido *breach of contract*⁽¹⁰⁷⁾.

(99) Em *common law* há também lugar a um tipo de execução específica, muito embora destinada ao cumprimento de obrigações de natureza pecuniária. Trata-se da *action for an agreed sum* — cf., por todos, TREITEL, *cit.*, pp. 1013-1019.

(100) BEATSON, *ob. cit.*, p. 575.

(101) MACMILLAN, *cit.*, p. 209.

(102) BEATSON, *ob. cit.*, pp. 575-576; MACMILLAN, *ob. cit.*, p. 209 e TREITEL, *ob. cit.*, p. 1020.

(103) MACMILLAN, *ob. cit.*, p. 209 e TREITEL, *ob. cit.*, p. 1026.

(104) MACMILLAN, *ob. cit.*, pp. 209-210 e TREITEL, *ob. cit.*, pp. 1026-1029.

(105) TREITEL, *ob. cit.*, p. 1040.

(106) MACMILLAN, *ob. cit.*, p. 212.

(107) BEATSON, *ob. cit.*, pp. 581 e ss.

III. A recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação na ordem jurídica portuguesa

6. Enquadramento dogmático-sistemático

Em sede das obrigações *em geral*, o Código Civil de 1966 dedica uma secção autónoma (arts. 762.º a 789.º) ao cumprimento, nela tendo feito incluir, por razões sobretudo pragmáticas, vários aspectos ligados à obrigação que podiam ter obtido alternativamente arrumação dispersa^(108/109). O legislador partiu do pressuposto que o cumprimento consubstancia “o modo normal de extinção das obrigações”⁽¹¹⁰⁾ e, assim, acabou por incluir no texto final a regra de que “o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado” (art. 762.º, n.º 1)⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ ADRIANO VAZ SERRA, *Do cumprimento como modo de extinção das obrigações*, BMJ, N.º 34 (1953), pp. 5-212. O Autor procede à comparação de várias sistemáticas legais, salientando que “[a]lguns Códigos tratam da matéria do cumprimento das obrigações em lugares distintos, parte a propósito dos efeitos das obrigações, parte a propósito da extinção dela (vid., por exemplo, o Código francês, arts. 1.234.º e seguintes e 1.235.º e seguintes), ou parte acerca do conteúdo da obrigação e parte acerca da extinção das obrigações (vid. Código alemão, §§ 241.º e seguintes e 362.º e seguintes; Código grego, arts. 287.º e seguintes e 416.º e seguintes. // Os Códigos brasileiro (arts. 930.º e seguintes) e suíço (arts. 68.º e seguintes) regulam-na entre os efeitos das obrigações). // O Código italiano ocupa-se do *cumprimento das obrigações* em capítulo independente (cap. II, arts. 1.176.º e seguintes) e mais adiante (cap. IV, art. 1.230.º e seguintes) *dos modos de extinção das obrigações diversos do cumprimento*” (6). Após manifestar dúvidas quanto à sistemática a adoptar, optou por tudo agregar numa única parte, nela abrangendo a “(...) natureza e requisitos do cumprimento; quem pode cumprir; a quem deve ser feita a prestação; imputação do pagamento havendo vários créditos; prova do cumprimento; direito de exigir quitação e restituição do título da obrigação” (p. 9).

⁽¹⁰⁹⁾ Quanto ao problema terminológico, ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 994; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, pp. 23-24; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em Geral*, Volume II, 7.ª ed. (5.ª reimp.), Coimbra: Almedina, 2010, p. 14 (n. 3) e VAZ SERRA, *Do cumprimento...*, p. 5 (n. 1). Empregue na linguagem comum também com o sentido de *cumprimento*, o termo *pagamento* deverá ficar juridicamente reservado para o *cumprimento de obrigações pecuniárias*. Do mesmo modo e num sentido jurídico, o vocábulo *liquidação* deverá reportar-se à operação de determinação de um valor ou, então, à solução da massa insolvente.

⁽¹¹⁰⁾ VAZ SERRA, *Do cumprimento...*, p. 5.

⁽¹¹¹⁾ Neste preciso sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, 4.ª ed. revista e actualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 1,

Assim, nos termos deste preceito, *cumprir* a obrigação parece equivaler, a final, a *extinguir* a obrigação, numa evidente assimilação entre cumprimento — extinção⁽¹¹²⁾. Não obstante, atenta a natureza analítica e complexa da realidade obrigacional, apenas a efectivação da prestação principal — e, eventualmente, da(s) prestação(ões) secundária(s) — consubstancia aquilo a que, com rigor, corresponde ao “cumprimento”. Nesta precisa medida, o cumprimento em sentido estrito não determina necessariamente a extinção da obrigação, porque esta pode permencer sobre o sustentáculo dos deveres acessórios^(113/114).

quando, em abertura à anotação do art. 762.º, referem que “[a] obrigação extingue-se normalmente pelo cumprimento, ou seja, quando o devedor realiza a prestação a que está vinculado”. Em sentido similar, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações, Volume II — Transmissão e Extinção das obrigações. Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 137, ao afirmar que o cumprimento “(...) corresponde à situação normal de extinção da obrigação, através da concretização da conduta a que o credor tinha direito”.

⁽¹¹²⁾ Refere, a este propósito, ANTUNES VARELA, *Das obrigações*..., II, p. 9 (n. 2), uma triplíce forma de encarar o cumprimento: 1) observância do dever de prestar (prestação debitória), 2) satisfação do interesse do credor e 3) liberação do credor).

⁽¹¹³⁾ Adota-se em texto, por facilidade expositivo-conceptual, uma perspectiva paradigmática da obrigação, por forma a nela incluir o dever de prestar principal, o(s) do(s) dever(es) de prestar secundário(s) e os deveres acessórios. Deve, em todo o caso, destacar-se que a realidade obrigacional é mais complexa. Neste sentido, por todos, e MENEZES CORDEIRO, *Tratado*..., II, Tomo I, pp. 297-309 e 441-495: “Em termos estruturais, o que há de mais típico na obrigação é a relação específica entre duas pessoas. O dever de prestar/direito à prestação pertence ao núcleo; os deveres secundários ao halo central; os deveres acessórios, à periferia. Tudo isso fica aglutinado na ideia de obrigação”. Logo acrescenta, contudo, que “[a]o admitirmos conceitos omnicompreensivos, rendemo-nos a uma evidência: a de que nem sempre é possível defini-los logicamente e absolutamente”. E, assim, conclui que “[a] obrigação *in totum* é um vínculo que relaciona duas pessoas em termos de uma delas dever assegurar, à outra, uma vantagem: seja uma prestação, seja uma realidade que, na prestação, não se esgote. Ficam abrangidos os deveres secundários e os deveres acessórios; e fica abrangida a obrigação sem dever de prestar: seja por só ter deveres secundários e acessórios (os direitos pessoais de gozo), seja por só ter deveres acessórios (a obrigação sem dever de prestar)” (306-307). Mas, além do dever de prestar em sentido amplo e dos deveres acessórios, haverá que contar com “(...) outros elementos que não se podem reconduzir aos vínculos obrigacionais referidos. Esse fenómeno é possível sem perturbar a lógica de conjunto: basta ver que a obrigação é um conceito compreensivo e não analítico. // Assim, quer na posição do credor, quer na do devedor, podem surgir poderes, sujeições, faculdades, expectativas, excepções e encargos. Também ocorrem situações de funcionalização, tanto de direitos ou poderes, como deveres. E as obrigações são, ainda, complementadas ou enriquecidas através de deveres genéricos e de protecções reflexas” (488).

⁽¹¹⁴⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*..., II, Tomo IV, pp. 59-60. Embora o efeito

A matéria do cumprimento acha-se norteada por três vectores basilares^(115/116): a boa fé (art. 762.º, n.º 2), a pontualidade (art. 406.º)⁽¹¹⁷⁾ e a integralidade (art. 763.º)⁽¹¹⁸⁾, podendo distinguir-se dois momentos: o momento a partir do qual o credor pode exigir o cumprimento da obrigação (exigibilidade, vencimento, *Fälligkeit*) e o momento a partir do qual o devedor pode cumprir a obrigação (pagabilidade, *Erfüllbarkeit*)⁽¹¹⁹⁾. As obrigações sem prazo ou incondicionadas (obrigações puras) são exigíveis e pagáveis a todo tempo (art. 777.º, n.º 1). Nas obrigações aprazadas ou a termo⁽¹²⁰⁾, ao invés, o cumprimento “não pode ser exigido ou imposto à outra parte antes de decorrido certo período ou chegada

típico do cumprimento seja a extinção da obrigação, há que contar com as hipóteses das obrigações duradouras e dos designados deveres acessórios. Estes últimos, na realidade, podem “(...) subsistir ao cumprimento. *Summo rigore*, o efeito extintivo manifesta-se, apenas, relativamente à prestação principal e às prestações secundárias que venham a ser executadas”.

⁽¹¹⁵⁾ Cf., por todos, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, pp. 10-16; BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das obrigações*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 56-61; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, pp. 31-33 e MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, II, pp. 138-142.

⁽¹¹⁶⁾ Quanto à existência de um princípio da concretização, v., em sentido afirmativo, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, p. 33, afirmando que o mesmo “(...) reúne o conjunto dos parâmetros necessários para transmutar o teórico comportamento devido, previsto na obrigação, numa atitude concreta, real e efectiva. Entre esses parâmetros, sobressaem, naturalmente, pela ordem em que vêm tratados no Código Civil: — quem pode fazer a prestação (legitimidade activa); — a quem pode a prestação ser feita (legitimidade passiva); — lugar da prestação; — prazo da prestação; — imputação do cumprimento”. Contra, BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, pp. 60-61, salientando que o problema passa por “(...) saber se o devedor, tendo o dever de cumprir (...), tem igualmente um direito ao cumprimento (materialmente não subsumível ao direito de impor uma solução conservatória do contrato face a uma resolução ‘excessiva’ pretendida pelo credor)”.

⁽¹¹⁷⁾ Sobre o princípio, adverte LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, II, p. 138, que o mesmo se encontra “(...) deslocadamente consagrado no art. 406.º, n.º 1, a propósito dos contratos, quando é aplicável a todas as obrigações”. E, em sentido semelhante, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, p. 14.

⁽¹¹⁸⁾ No sentido de que a integralidade é um corolário da pontualidade, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, p. 16 e BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, pp. 58-59.

⁽¹¹⁹⁾ ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, pp. 40-41 e MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, II, pp. 152-153.

⁽¹²⁰⁾ Sobre os mecanismos de determinação (ou fixação) do prazo, vide MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, pp. 35-37 e MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, II, pp. 153-154.

certa data”⁽¹²¹⁾. Se o prazo for estabelecido a favor do devedor, a obrigação é pagável a todo o tempo, mas só exigível na data fixada para o cumprimento⁽¹²²⁾. Se o prazo for estabelecido a favor do credor, a obrigação é logo exigível, mas o devedor só dela se pode exonerar na data fixada. Se o prazo for estabelecido simultaneamente a favor do credor e do devedor, nem o credor pode exigir o cumprimento, nem tão-pouco o devedor pode antecipá-lo, salvo convenção em contrário⁽¹²³⁾.

Depois de tratar do cumprimento, o legislador civil reuniu a matéria do “não cumprimento” sob uma secção autónoma (arts. 790.º a 812.º). Impõem-se preliminarmente algumas precisões terminológicas. Sob a expressão “não-cumprimento” ficam abrangidas as hipóteses de impossibilidade superveniente, incumprimento definitivo e mora⁽¹²⁴⁾. O termo “inexecução”⁽¹²⁵⁾ liga-se à própria prestação. Neste sentido, diz-se “cumprir uma obrigação” ou — atomisticamente⁽¹²⁶⁾ — “cumprir um dever” e, por outro lado, “execução/

(121) ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, p. 42.

(122) BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 76.

(123) ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, pp. 1013-1014; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, p. 44 e MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, pp. 38-39.

(124) Assim tb., qualificando o termo de “inóquo”, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, p. 107. E ainda, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 7.ª ed. (reimp.), Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 299 e 340-342. A respeito do não-cumprimento, talvez se pudesse, ainda, distinguir entre um *não-cumprimento em sentido amplo* e um *não-cumprimento em sentido estrito*. No primeiro caso, com o sentido precisamente fixado em texto, ou seja, abrangendo a impossibilidade superveniente, o incumprimento definitivo e a mora. No segundo caso, em sinonímia com o incumprimento definitivo. Neste último caso, então, poder-se-ia falar, indistintamente, em não-cumprimento *stricto sensu*, incumprimento definitivo ou “inadimplemento. Todavia, parece ser uma distinção que traz mais confusão do que utilidade.

(125) GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, *loc. cit.*: “Por vezes o credor não obtém a prestação devida ou não a obtém nas exactas condições em que ela tinha de ser efectuada. // Verifica-se nesses casos a *inexecução da obrigação* e torna-se necessário saber que consequências derivam daí”. E, entre outros, BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 464.

(126) Parece ser precisamente esta dimensão analítica que alicerça o conceito mais abrangente de “direito da perturbação das prestações” e que, segundo MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, pp. 111-117, é uma “(...) expressão que [que] nem é conceitualmente rigorosa, uma vez que abrange, por exemplo, a violação de meros deveres de protecção e de outros deveres acessórios; melhor ficaria ‘perturbação da relação obrigacional’”. Por sua vez, de acordo com ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 1033 (n. 1), trata-se de uma terminologia “desnecessária” e “pouco adequada” diante a “nossa terminologia tradicional”.

/realização da prestação”. E o que dizer do termo “incumprimento”? O texto legal não oferece qualquer noção. Atendendo, contudo, à sistemática perfilhada e às coordenadas dogmáticas existentes, pode alcançar-se um sentido útil⁽¹²⁷⁾.

Se o cumprimento da obrigação corresponde à realização da prestação principal (e eventuais prestações secundárias), poder-se-ia, então, sustentar que o seu “incumprimento” ou “inadimplemento”⁽¹²⁸⁾ sobrevém através da não realização dessas prestações. Uma noção tão ampla possui, todavia, pouco valor explicativo e é inclusivamente susceptível de abranger as mais diversas causas extintivas das obrigações (arts. 837.º e seguintes)⁽¹²⁹⁾. Importa, pois, estreitar os quadros conceptuais e, assim, definir o incumprimento como a “não realização, pelo devedor, da prestação devida, enquanto essa não realização corresponda à violação da norma que lhe era especificamente dirigida e lhe cominava o dever de prestar”⁽¹³⁰⁾. Desta noção ficam afastadas as hipóteses de impossibilidade da prestação⁽¹³¹⁾. O que é, aliás, coerente com o disposto no art. 801.º, n.º 1, que se limita a efectuar uma mera “equiparação de regimes”⁽¹³²⁾. Para abarcar os o incumprimento e a impossibili-

(127) Sobre os preparatórios, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, pp. 103-104, sublinha que “[a] preparação do Código Civil, na área relativa ao não cumprimento das obrigações, foi atormentada. O Prof. Vaz Serra, ainda que em escritos de grande profundidade, estudou separadamente os temas do cumprimento, da impossibilidade não imputável ao devedor, da impossibilidade imputável ao devedor e do cumprimento imperfeito (...). // Daqui resultou um total de muitas centenas de páginas que, ainda hoje, está por absorver pela doutrina portuguesa. Todavia, o Código acabou por se ressentir, apresentando pouca unidade, neste domínio”.

(128) ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 1033 e MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, p. 103.

(129) ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, p. 62: “O não cumprimento pode assim definir-se, com maior propriedade, como a não realização da prestação debitória, sem que entretanto se tenha verificado qualquer das causas extintivas típicas da relação obrigacional”.

(130) MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, p. 105.

(131) MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, p. 106.

(132) MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV p. 106. Contra a exclusão da impossibilidade superveniente do domínio do não cumprimento/incumprimento (usados pela A. como sinónimos), cf. PATRÍCIA GUIA PEREIRA, “Nótula sobre a tipologia do incumprimento”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, 2.º Volume, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 637-679 (643-644).

dade, tem-se precisamente a noção de “não cumprimento”, que, aliás, usada pelo próprio legislador.

Entre nós, “na esteira da pandectística alemã e na linha contrária à assumida pelos actuais movimentos de harmonização legislativa”, o nosso Código Civil associa o não-cumprimento às obrigações em geral, de fonte contratual ou não⁽¹³³⁾. A matéria pode ser ordenada de acordo com diversos quadros classificatórios⁽¹³⁴⁾. O legislador optou essencialmente por dois critérios por forma a articular o regime do “não cumprimento”. Consagrou, em primeiro lugar, um “critério causal”, distinguindo o não-cumprimento não imputável ao devedor (arts. 790.º a 797.º) daquele que lhe é imputável (arts. 798.º a 812.º)⁽¹³⁵⁾. Contemplou, ainda, um critério que toma por referência as consequências do não-cumprimento sobre a prestação, distinguindo entre incumprimento definitivo (801.º a 803.º e 808.º), incumprimento retardado ou mora (arts. 804.º a 808.º) e — sem regime geral — cumprimento inexacto ou defeituoso⁽¹³⁶⁾. Ocorre incumprimento definitivo nas hipóteses em que a prestação se impossibilitou por causa imputável ao devedor (arts. 801.º-803.º), por perda de interesse que o credor tinha na prestação apreciada objectivamente (art. 808.º, n.ºs 1, 1.ª parte e 2) e, ainda, pela não realização da prestação dentro do prazo que for razoavelmente fixado pelo credor (art. 808.º, 2.ª parte). Em bom rigor, apenas as duas últimas hipóteses configuram verdadeiro

(133) BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 36. Em sentido crítico, mas com o qual não se concorda, ASSUNÇÃO CRISTAS, *ob. cit.*, pp. 245-247: “A perspectiva adoptada é sempre a da obrigação, intervalada, no art. 795.º, por referências aos contratos bilaterais e, no n.º 2 do art. 801.º, pela menção à resolução do contrato e entrecortada por alusões variadas ao ‘negócio’ (n.º 2 do art. 790.º, art. 802.º)”. Mais à frente acrescentando que “[a] opção do CC e do DCFR em eleger a obrigação como centro da matéria do incumprimento, se é justificada do ponto de vista científico é porventura criticável na perspectiva da aproximação à realidade e ao mundo dos negócios”.

(134) MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, pp. 107-109.

(135) BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 136 e ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, pp. 62-63.

(136) BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, pp. 136-138. Refere que “um outro critério, atinente, segundo Manuel de Andrade, ao ‘estado de facto criado’, tem a ver com a própria configuração factual do incumprimento, isto é, com a natureza e significado de cada situação lesiva (sobretudo, em função da qualidade do incumprimento e do seu cariz definitivo ou provisório)”. E, ainda, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, pp. 63-65.

incumprimento definitivo. A primeira, por sua vez, situa-se na área reservada à impossibilidade superveniente. Estes critérios coabitam e dão à seguinte arrumação legal⁽¹³⁷⁾:

SUBSECÇÃO I — Impossibilidade do cumprimento e mora não imputáveis ao devedor (arts. 790.º a 797.º)

SUBSECÇÃO II — Falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor

Divisão I — Princípios gerais (arts. 798.º a 800.º)

Divisão II — Impossibilidade do cumprimento (arts. 801.º a 803.º)

Divisão III — Mora do devedor (arts. 804.º a 808.º)

Divisão IV — Fixação contractual dos direitos do credor (arts. 809.º a 812.º)

SUBSECÇÃO III — Mora do credor (arts. 813.º a 816.º)

Circunscrita perfunctoriamente a matéria relativa ao cumprimento e não-cumprimento, constata-se que o texto nenhuma referência faz, pelo menos de modo expresso, à declaração de não-cumprimento⁽¹³⁸⁾. Ainda assim, Vaz Serra, nos preparatórios, ponderou a inclusão no texto legal da recusa do dever de prestar. Com efeito, logo no seu importante estudo *Impossibilidade superveniente e cumprimento defeituoso imputáveis ao devedor*⁽¹³⁹⁾, o Ilustre Professor, depois de considerar a impossibilidade da prestação, debruçou-se sobre o instituto da “violação positiva do contrato” — cuja criação ficou a dever-se a Staub⁽¹⁴⁰⁾ —, considerando que o mesmo

⁽¹³⁷⁾ ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 1035.

⁽¹³⁸⁾ BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 260; *A Hipótese...*, p. 362: “(...) o legislador de 1966 omitiu qualquer referência à hipótese em causa, pois terá pensado apenas no incumprimento (por impossibilidade e mora) unilateral, ocorrido à data do vencimento ou posterior à exigibilidade. Nem parece estarmos perante uma lacuna aparente na medida em que nada faz crer que o legislador, em função dos sinais de inequívocidade e explicitação da declaração do devedor, a quisesse valorar como facto *objectivo* de incumprimento (da ligação assumida) e, enquanto tal, a integrar, mesmo que por analogia, na *fattispecies* nuclear da ‘impossibilidade do cumprimento’”.

⁽¹³⁹⁾ VAZ SERRA, *Impossibilidade superveniente e cumprimento defeituoso imputáveis ao devedor*, BMJ, N.º 47 (1955), pp. 5-97.

⁽¹⁴⁰⁾ *Ibidem*, pp. 67-68. Para mais desenvolvimentos sobre o problema, v., entre outros, ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, pp. 1058-1063; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, pp. 126-131; BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, pp. 354-361; GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, pp. 336-

abrange a hipótese de o “devedor declarar terminantemente que não fará a prestação devida, como se ele afirma que rescinde, anula ou resolve o contrato, ou que não se considera vinculado por ele mesmo que não se encontre em mora ou o crédito não esteja sequer vencido, haverá uma violação do crédito, dado que o cumprimento da obrigação fica em perigo, com a declaração do devedor”⁽¹⁴¹⁾. Depois de concluir que o instituto possui utilidade no nosso espaço jurídico⁽¹⁴²⁾, propôs nomeadamente o seguinte articulado legal⁽¹⁴³⁾:

Art. 12.º

Conduta reveladora de que a prestação não será feita

Se o devedor, mesmo que o crédito não esteja ainda vencido, se comportar de maneira a manifestar clara e definitivamente que não fará a prestação devida, pode o credor, quando o devedor tenha manifestado por escrito essa determinação ou, sendo-lhe fixado prazo razoável pelo credor para que declare se cumprirá o contrato, culposamente o não faça, resolver o contrato ou exigir indemnização por não cumprimento, desde que assim o declare, no prazo breve que as circunstâncias permitirem, ao referido devedor.

Vaz Serra tratou, pois, em termos amplos a recusa do dever de prestar. Num segundo escrito, intitulado *Mora do Devedor*, o Autor regressaria ao tema, procurando, agora, apurar a figura consoante a mesma ocorra antes ou depois do vencimento da obrigação⁽¹⁴⁴⁾. Atevese, em primeiro lugar, à recusa do dever de prestar antes da mora, afirmando que “[n]ão parece de exigir que esta declaração do devedor seja posterior à sua constituição em mora, pois, mesmo sendo anterior, pode ser de tal ordem que mostre não valer a pena fixar um prazo ao devedor”⁽¹⁴⁵⁾. Propôs, então, um articulado ao estilo italiano, por forma a associar à recusa, como efeito, o vencimento da obrigação⁽¹⁴⁶⁾:

-340; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, pp. 189-207; “Violação Positiva do Contrato (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1980)”, *ROA*, Ano 41, Vol. I (Janeiro/Abril 1981), pp. 123-152.

⁽¹⁴¹⁾ VAZ SERRA, *Impossibilidade...*, p. 70.

⁽¹⁴²⁾ VAZ SERRA, *Impossibilidade...*, pp. 77-83.

⁽¹⁴³⁾ VAZ SERRA, *Impossibilidade...*, p. 97.

⁽¹⁴⁴⁾ VAZ SERRA, *Mora do Devedor*, *BMJ*, N.º 48 (1955), pp. 5-317.

⁽¹⁴⁵⁾ VAZ SERRA, *Mora do Devedor*, pp. 261-262.

⁽¹⁴⁶⁾ VAZ SERRA, *Mora do Devedor*, p. 300. Efectivamente, dispõe o art. 1219.º,

Art. 7.º

Declaração de não cumprir. impedimento da interpelação ou do conhecimento dela

1 — Se o devedor declara, por escrito, terminante e definitivamente, que não cumpre, não carece o credor de o interpelar para que ele se constitua em mora.

2 — (...)

Mas neste segundo trabalho, Vaz Serra debruçou-se ainda sobre a recusa emitida antes ou depois do prazo de cumprimento, mas com relevo em momento subsequente⁽¹⁴⁷⁾:

Art. 21.º

Dispensa da fixação de prazo

1 — Dispensa-se a fixação do prazo, de que trata o artigo anterior⁽¹⁴⁸⁾, quando, em virtude da mora da outra parte, o credor não tem já interesse no cumprimento recíproco do contrato, quando o devedor tenha declarado por escrito ao credor, terminante e definitivamente, que não cumpre ou, depreendendo-se da sua atitude essa determinação definitiva de não cumprir e fixando-lhe o credor um prazo razoável para que declare se cumprirá, culposamente o não faça, quando, nos termos do contrato, o cumprimento devia ser feito precisamente num dia ou prazo determinados, quando o devedor tenha renunciado à fixação de prazo, quando este, em consequência do atraso do devedor, não seria suficiente para tornar possível o cumprimento.

2 — (...)

n.º 2, do Código Civil Italiano de 1942 (Codice/1942) que “*non e' necessaria la costituzione in mora: (...) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione*”.

⁽¹⁴⁷⁾ VAZ SERRA, *Mora do Devedor*, p. 308.

⁽¹⁴⁸⁾ Esse art. 20.º, n.º 1 apresentava a seguinte redacção:

Art. 20.º

Contrato bilateral

1 — Tratando-se de contrato bilateral, deve o credor, que pretenda resolver o contrato ou exigir a reparação do dano causado pelo não-cumprimento, fixar, ou fazer fixar judicialmente, um prazo razoável ao devedor em mora para que cumpra, com a advertência inequívoca de que, não o fazendo assim o devedor, dentro do referido prazo, exercerá os direitos, que a lei lhe reconhece. O prazo deve ser fixado com precisão e pode sê-lo logo na interpelação, se desta depender a constituição em mora do devedor.

2 — (...)

As formulações propostas por Vaz Serra não “passariam para o texto final do Código Civil de 1966”⁽¹⁴⁹⁾. Tal omissão não tem impedido a doutrina e jurisprudência de prestarem reconhecimento à figura⁽¹⁵⁰⁾. Fazem-no, porém, em moldes nem sempre coincidentes. Inclusivamente, no que respeita à hipótese sob escrutínio, a recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação quando o prazo se ache estabelecido a favor do próprio emitente, têm sido aventadas diversas construções dogmáticas destinadas a fundamentá-la em termos e para efeitos jurídico-positivos. Estas teorizações podem ser ordenadas de acordo com *i*) as doutrinas que não associam à recusa os efeitos do incumprimento definitivo; *ii*) as doutrinas que lhe associam esses efeitos e, por fim, *iii*) aquelas que lhe negam autonomia sistemática⁽¹⁵¹⁾.

i) As doutrinas que afastam os efeitos típicos do incumprimento definitivo, fazem-no, sobretudo, na esteira da solução consagrada no art. 1219.º, n.º 2, do Codice/1942 e, bem assim, do entendimento preconizado por Vaz Serra. Contam-se, entre elas, as posições de Almeida Costa⁽¹⁵²⁾, Galvão Telles⁽¹⁵³⁾, Menezes Lei-

⁽¹⁴⁹⁾ FERREIRA DE ALMEIDA, *Recusa...*, p. 304. Tb. BRANDÃO PROENÇA, *A Hipótese...*, p. 362 (n. 13); *Lições...*, p. 261 (n. 997).

⁽¹⁵⁰⁾ Cf., a título exemplificativo e sobretudo a respeito do contrato-promessa, Acs. STJ de 07/03/1991 (Proc. n.º 078155); de 08/07/2007 (Proc. n.º 07A932); de 16/06/2009 (Proc. n.º 849/2001.S1), de 27/03/2012 (Proc. n.º 5750/06.5TCLRS.L1-1). Fora dos quadros do contrato-promessa, Ac. STJ de 03/10/1995 (Proc. n.º 087038). Todos consultáveis na Internet em <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁵¹⁾ Assim tb., FARRAJOTA, *ob. cit.*, pp. 310 e ss.

⁽¹⁵²⁾ ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, pp. 1008-1009 (n. 3); 1048-1050: “Às hipóteses de vencimento independente de interpelação indicadas no n.º 2 do art. 805.º, acrescenta-se a de o devedor comunicar ao credor, de ‘forma categórica e definitiva, a sua intenção de não cumprir (...)’ (1008-1009, n. 3). Mais adianta, nesta linha, que “[e]m princípio, o devedor só fica constituído em mora depois de uma sua interpelação, judicial ou extrajudicial, para cumprir (...). Mas haverá mora debitória, independentemente de interpelação, nas situações que de seguida se mencionam: (...) *d*) Se o devedor declara ao credor, inequívoca, definitiva, conscientemente de forma preempatória, a sua intenção de não cumprir, embora possa fazê-lo — o que, como é óbvio, equivale e até antecipa a interpelação” (1049-1050).

⁽¹⁵³⁾ GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, pp. 255; 258: “O vencimento *não depende de interpelação*, operando-se de pleno direito, nos casos de: (...) — o devedor declarar não cumprir” (p. 255), esclarecendo, posteriormente, que a comunicação da intenção de não cumprir

tão⁽¹⁵⁴⁾ e, numa fase mais tardia, de Menezes Cordeiro. Consideram, na verdade, que a recusa emitida antes do tempo fixado para o cumprimento tem por efeito determinar o vencimento antecipado da obrigação, ou seja, noutras palavras, a recusa é é uma hipótese de *mora ex re*, tal como aquelas que são elencadas no art. 805.º, n.º 2⁽¹⁵⁵⁾.

Menezes Cordeiro começou por assimilar a recusa ao incumprimento definitivo⁽¹⁵⁶⁾. Posteriormente, contudo, passou a equiparar a declaração “séria” de não cumprir (estudada nos quadros da violação positiva do contrato) à “antecipação do prazo do vencimento”⁽¹⁵⁷⁾. Mas, impressionado pelos “ponderosos argumentos” de Pessoa Jorge — mais à frente analisados —, Menezes Cordeiro acabaria por perspectivar efeitos diversificados para a recusa consoante os factores em jogo ⁽¹⁵⁸⁾. Na presente hipótese, contudo, parece não ter alterado o seu anterior posicionamento, ao referir que “(...) a declaração de não cumprimento provocará o vencimento imediato apenas se o prazo for estabelecido a favor do devedor: a interpelação é desnecessária, verificando-se mora”⁽¹⁵⁹⁾.

Se o incumprimento definitivo se prenuncia quase certo — ou mais certo do que sem recusa —, é uma evidente “limitação” associar a declaração de não-cumprimento aos efeitos da mora⁽¹⁶⁰⁾. Quer isto dizer que, se a recusa apenas determina a antecipação da mora, o credor não se encontrará desobrigado de proceder à interpelação admonitória ou à demonstração da perda do interesse na

pir, “categórica” e “definitiva”, implica que a “obrigação se vence *in continuo*”, tornando-se dispensável a interpelação.

⁽¹⁵⁴⁾ MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, II, pp. 228; 230 (n. 449): “Esta declaração do devedor torna a interpelação pelo credor absolutamente inútil, devendo, por isso, considerar-se que neste caso aquela declaração do devedor acarreta como efeito a sua constituição imediata em mora”.

⁽¹⁵⁵⁾ MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁽¹⁵⁶⁾ MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações*, Vol. 2, 1.ª ed. (reimp.), Lisboa: AAFDL, 1986, p. 457: “Alguma doutrina tem, também, entendido como causa de incumprimento definitivo a declaração expressa do devedor de não querer cumprir. Sempre que tal declaração seja séria — cf. art. 245.º — perfilhamos inteiramente essa orientação”.

⁽¹⁵⁷⁾ MENEZES CORDEIRO “Violação Positiva do Contrato”, p. 143 (n. 39).

⁽¹⁵⁸⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*..., II, Tomo IV, pp. 152-154.

⁽¹⁵⁹⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*..., II, Tomo IV, p. 154.

⁽¹⁶⁰⁾ FERREIRA DE ALMEIDA, *Recusa*..., p. 308.

prestação⁽¹⁶¹⁾. É claro que se o prazo estabelecido for essencial, o argumento não procede na totalidade, pois a recusa determina aí os efeitos do incumprimento definitivo⁽¹⁶²⁾. Seja como for, caso se pretenda a intervenção da ordem jurídica para estas situações de recusa, os efeitos da mora constituem “uma concessão fraca de relevância à declaração antecipada de não cumprimento”⁽¹⁶³⁾. Mesmo no próprio direito italiano, no âmbito do qual se verifica a já referida norma do art. 1219.º, n.º 2, do Codice/1942, a jurisprudência e a doutrina não descartam, em certas condições, os efeitos do incumprimento⁽¹⁶⁴⁾.

ii) À cabeça das doutrinas que apontam para os efeitos do incumprimento definitivo, desde logo se verifica aquela concepção que vê na recusa uma modalidade de incumprimento definitivo. Foi este, como se viu, o entendimento inicialmente sufragado por Menezes Cordeiro. E parece ser também este o posicionamento assumido por Gravato de Moraes⁽¹⁶⁵⁾. Por seu turno, Calvão da Silva defende uma “equiparação” entre a recusa e o incumprimento definitivo, assinalando que “para além do vencimento imediato da obrigação (...), entende-se que aquela declaração equivale a incumprimento, podendo legitimar, portanto, a resolução (...)”⁽¹⁶⁶⁾. Além

(161) FERREIRA DE ALMEIDA, *Recusa...*, p. 309.

(162) BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, pp. 78-79. E, ainda, NUNO MIGUEL PINTO OLIVEIRA, “A Resolução do Contrato no Direito Alemão e no Direito Português”, *Estudos Sobre Não Cumprimento das obrigações*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 70-71: “Quando o prazo ou termo não seja essencial, a não realização da prestação dentro dele faz com que haja *mora*, faz como que haja *simples mora*, do devedor; quando o prazo ou termo seja essencial, a não realização da prestação dentro dele faz com que haja *não cumprimento definitivo*”.

(163) FARRAJOTA, *ob. cit.*, p. 312.

(164) Cf., por todos, MICHELE FRAGALI, “La dichiarazione anticipata di non volere adempiere”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, Anno LXIV (1966), 7-8 (Julho-Agosto), pp. 243-261 (em particular, pp. 249-253). Contra, PAOLO CENDON (dir.), *Commentario al Codice Civile, Volume IV — artt. 1173-1654*, Turim: UTET, 1991, pp. 117-118.

(165) FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contrato-Promessa em Geral. Contratos-Promessa em Especial*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 163-165.

(166) JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-Promessa*, 13.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, pp. 147-148.

da economia contratual⁽¹⁶⁷⁾, esta equiparação fundamenta-se na ideia de que “a legítima expectativa ou confiança do credor no adimplemento da prestação implica a existência de um intermédio e instrumental ou acessório dever de conduta do devedor, que mantenha, segundo o princípio da boa fé, a *fiducia* do credor na prestação final (...)”, pelo que será “(...) certa e segura a obrigação de não contradizer com uma declaração de recusa ou com actos não equívocos o dever de cumprir”⁽¹⁶⁸⁾. Estão em jogo, pois, “os argumentos relevados pelos que sufragam a tese da ‘violação contratual positiva’”⁽¹⁶⁹⁾.

Os efeitos do incumprimento definitivo poderiam, ainda, ser assimiláveis à recusa, já não por força da violação de deveres acessórios, mas em nome da repercussão que a conduta do devedor patenteia sobre o próprio dever de prestar, ou seja, como defende. É esta a fundamentação proposta por Brandão Proença, de acordo com o qual é o próprio plano da vinculação e do dever principal que resulta prejudicado, ou seja, o “dever de fidelidade” violado dilui-se na violação do dever de prestar^(170/171).

Há, por fim, quem encontre na proibição do *venire contra factum proprium* (ou abuso do direito de invocar o benefício do prazo) o fundamento para imputar à recusa as pretensões do incumprimento^(172/173). É esta a tese paradigmaticamente defendida por Ferreira de Almeida, para quem a recusa de cumprir configuraria o “*factum proprium*”. Se, mais tarde, mas antes do momento fixado para o cumprimento, o devedor anunciar que afinal pretende cumprir ou prevalecer-se do benefício do prazo, esta conduta revelar-

(167) CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 149: “(...) não se justifica que o credor tenha de aguardar a data do vencimento para poder lançar mão dos meios jurídicos que lhe permitam desvincular-se do contrato — espera que seria inútil e até poderia agravar a posição do devedor”.

(168) CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 149. E, ainda, FRAGALI, *ob. cit.*, pp. 254-259.

(169) BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 269; *A Hipótese...*, p. 379.

(170) BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 272; *A Hipótese...*, p. 388.

(171) BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 273; *A Hipótese...*, p. 389.

(172) FERREIRA DE ALMEIDA, *Recusa...*, pp. 311 e ss.

(173) Neste sentido, tb., defendendo a proibição do *venire contra factum proprium*, PINTO OLIVEIRA, *ob. cit.*, pp. 73-74.

-se-á contraditória diante recusa. O benefício do prazo não pode, então, ser invocado sob pena de violação da boa fé. Mas, nos termos gerais do abuso do direito, a este efeito só se verifica se a recusa gerar uma situação e um investimento de confiança (*rectius*, de convicção) na contraparte quanto ao incumprimento anunciado⁽¹⁷⁴⁾.

Por último, há que salientar a concepção perfilhada por Joana Farrajota, que associa à recusa os amplos efeitos do incumprimento definitivo, mas fá-lo com base “no reconhecimento pelo Direito da relevância jurídica do receio fundado do credor de incumprimento futuro”^(175/176).

iii) Negando autonomia à declaração de não cumprimento e abordando a questão a propósito das hipóteses de *mora ex re*, Pessoa Jorge é claro quando afirma que “num plano de política legislativa, esta orientação é muito duvidosa” e isto por duas ordens de razões⁽¹⁷⁷⁾. Em primeiro lugar porque, nas obrigações aprazadas, “o credor não terá de se queixar” caso o devedor declare não cumprir, mas, antes de esgotado o prazo, acabe por seguir a via do cumprimento”. Depois, porque as hipóteses de exigibilidade antecipada possuem natureza excepcional⁽¹⁷⁸⁾. Depois de considerar a recusa à luz da obrigação já vencida⁽¹⁷⁹⁾, Romano Martinez vem,

⁽¹⁷⁴⁾ ANA MARIA CORREIA RODRIGUES PRATA, *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 709-713 (pp. 709-711). Em termos não coincidentes com os expostos em texto, a Autora entende que “a caracterização do seu efeito como não cumprimento passa pelo entendimento que tal declaração comporta uma, expressa ou tácita, renúncia ao benefício do prazo”, mais adiantando que se “(...) a declaração revestir essas características de certeza e definitividade, não tem o credor de esperar a verificação de qualquer facto ulterior para accionar os instrumentos que a lei lhe confere em caso de incumprimento definitivo”.

⁽¹⁷⁵⁾ FARRAJOTA, *ob. cit.*, p. 318: “O acionar imediato pelo credor dos instrumentos reservados para o incumprimento, perante a recusa de cumprimento, surge-nos, com efeito, neste quadro, como a solução mais adequada”.

⁽¹⁷⁶⁾ FARRAJOTA, *ob. cit.*, p. 319.

⁽¹⁷⁷⁾ FERNANDO PESSOA JORGE, *Lições de Direito das obrigações*, AAFDL, 1975-76, p. 297.

⁽¹⁷⁸⁾ PESSOA JORGE, *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁽¹⁷⁹⁾ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 142.

então, afirmar que “(...) o não cumprimento definitivo só se verifica na data do vencimento (...)”, mas “tal princípio poderá (...) ser alterado por força das regras da boa fé, sempre que se justifique tutelar o credor que confiou na declaração do devedor de incumprimento antecipado”⁽¹⁸⁰⁾.

iv) No plano dos efeitos jurídicos, a recusa emitida antes do vencimento da obrigação, quando o prazo se encontre estabelecido a favor do emitente, deve ser assimilada ao incumprimento definitivo⁽¹⁸¹⁾.

Por outras palavras, a suscitar-se, neste caso, intervenção da ordem jurídica, deve ao credor assistir as pretensões associadas ao incumprimento definitivo. A recusa não é, todavia, mais uma modalidade de incumprimento definitivo. Em bom rigor, só há incumprimento depois de esgotado o prazo fixado para o cumprimento⁽¹⁸²⁾. Mas o *venire contra factum proprium* é também um fundamento que não satisfaz⁽¹⁸³⁾, por apresentar capacidade explicativa essencialmente fragmentária. Esta teoria responde à “questão do possível arrependimento do devedor”, mas não dá guarida à

⁽¹⁸⁰⁾ ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 143.

⁽¹⁸¹⁾ Isto não significa, contudo, que a recusa não seja susceptível de determinar a perda do benefício do prazo. Assim, se é bem certo que a manifestação de recusa, de um ponto de vista do significado declarativo e de acordo com os cânones interpretativos, não pode ser, sempre e em qualquer caso, equiparada a uma renúncia ao benefício do prazo (FERREIRA DE ALMEIDA, *A recusa...*, p. 308); a verdade é que isso não quer dizer que ela não seja passível de implicar a perda do benefício do prazo, por força (quicá) de um “procedimento analógico” reportado ao regime constante dos arts. 780.º e seguintes, conforme adiante se analisará (BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 279; *A Hipótese...*, p. 400).

⁽¹⁸²⁾ BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 271; *A Hipótese...*, p. 386: “Se, em rigor, não pode falar-se do incumprimento de obrigações ainda não vencidas, o enquadramento que se pretende não pode ser conseguido por aplicação directa dessa situação fáctica — e daí o recurso à identificação e à equiparação-ficção — gerando-se, quando muito, algum aproveitamento do seu regime jurídico (como aliás se pode passar com o incumprimento bilateral)”.

⁽¹⁸³⁾ Diversamente do entendimento postulado por FERREIRA DE ALMEIDA, entende-se aqui que a recusa é subsumível às previsões sobre a perda do benefício do prazo. Entende-se também que o contraente fiel pode, desde logo, recorrer à execução específica antes de esgotado o prazo de cumprimento. Note-se, contudo, em abono da verdade, que Ferreira de Almeida não afasta a execução específica antes do vencimento; afasta, sim, a sua “consumação”.

recusa do dever de prestar no seu todo⁽¹⁸⁴⁾. Mas, por outra parte, a tese da “conduta violadora específica”⁽¹⁸⁵⁾, segundo a qual é a própria prestação principal que surge afectada com a emissão da declaração de não-cumprimento, não logra demonstrar, para o efeito, as razões pelas quais se afasta da figura do incumprimento definitivo

O fundamento mais adequado parece ser, de facto, a violação positiva do contrato⁽¹⁸⁶⁾, por lesão de deveres acessórios. Este fundamento foi, aliás, sobejamente ponderado nos preparatórios do nosso Código Civil. A recusa põe em perigo aqueles deveres que “visem reforço e a substancialização do dever de prestar”⁽¹⁸⁷⁾, ou seja, os deveres acessórios decorrentes essencialmente do instituto da boa fé (art. 762.º, n.º 2)⁽¹⁸⁸⁾. A violação desses deveres “não é uma inobservância de gravidade reduzida”, podendo inclusivamente bulir com o próprio dever de prestar. Às lesões desses direito devem, por conseguinte, aplicar-se-lhes “as regras do incumprimento” e, entre elas, as normas que prevejam o direito de resolução⁽¹⁸⁹⁾. Parece ser esta, em boa medida, a posição sufragada por Calvão da Silva, quando deixa assinalado que “(...) o devedor não é livre de programar e declarar (...) que não quer cumprir, não só pela traição que substanciaria da confiança depositada pelo credor no cumprimento da legítima expectativa de integral e pontual cumprimento em conformidade com o princípio da boa fé, mas

⁽¹⁸⁴⁾ BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, pp. 269-271; *A Hipótese...*, pp. 380-381.

⁽¹⁸⁵⁾ BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 273; *A Hipótese...*, pp. 389.

⁽¹⁸⁶⁾ Sobre a terminologia, vide MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, p. 189 (n. 421).

⁽¹⁸⁷⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo I, p. 478.

⁽¹⁸⁸⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo I p. 479. E, ainda, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Os Deveres (ditos) ‘Acessórios’ e o Arrendamento”, *ROA*, Ano 73, Vol. I (Janeiro/Março 2013), pp. 267-290 (270): “No plano juspositivo, os deveres de que falamos fundamentam-se certamente na regra de conduta segundo a boa fé (art. 762.º, n.º 2), expressando as exigências desta. Assim o tem entendido também, profusamente, a jurisprudência. Falamos pois de um tema de direito vigente”.

⁽¹⁸⁹⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, p. 199. Mais afirma CARNEIRO DA FRADA, *ob. cit.*, p. 277, que “(...) o inadimplemento desses deveres gerará um incumprimento do contrato susceptível de dar lugar à respectiva resolução por inexistência da perduração da relação (...)”.

ainda pelas repercussões que aquela declaração poderia ter sobre o valor do crédito (...)”⁽¹⁹⁰⁾.

7. A manifestação de recusa: forma, modalidades e requisitos de eficácia

A manifestação da recusa, enquanto acto jurídico em sentido estrito⁽¹⁹¹⁾, não obedece a forma especial (art. 219.º; *ex vi* do art. 295.º)⁽¹⁹²⁾. Por seu turno, ela pode ser expressa ou tacitamente emitida (art. 217.º; *ex vi* do art. 295.º)⁽¹⁹³⁾. Os requisitos de eficácia

⁽¹⁹⁰⁾ CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 149.

⁽¹⁹¹⁾ Neste sentido, quanto à natureza da recusa no âmbito da teoria geral do facto jurídico, BRANDÃO PROENÇA, *A Hipótese...*, pp. 367-379; FERREIRA DE ALMEIDA, *Recusa...*, p. 313. Com o bom critério de classificação, afastando nomeadamente a tese da “direcção da vontade”, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, pp. 250-257: “(...) não têm também natureza negocial aqueles actos jurídicos que, embora formados por comunicações com natureza performativa, não sejam *inovadores* nem *auto-suficientes* na determinação da eficácia”. A este propósito, VICENZO PANUCCIO, *Le Dichiarazioni Non Negoziali di Volontà*, Giuffrè, 1966, pp. 305 e ss. e *passim*, para quem, entre o negócio jurídico e a declaração negocial há “(...) come una differenza di grado e di quantità. Solo il negozio opera una modificazione profonda nella realtà giuridica, costituendo rapporti nuovi, o estinguendo o mutando essenzialmente rapporti già costituiti in questo senso esso solo produce una trasformazione di tipo maggiore” (308). O negócio jurídico, de acordo com este enquadramento dogmático, deve perspectivar-se como um “acto inovativo” ou com “função inovativa” (310). Muito em particular e sob o ponto de vista do direito italiano positivo, o Autor contextualiza “*il rifiuto*” (v.g., a recusa consagrada no art. 1219.º, n.º 2, do Codice/1942) entre as declarações de vontade não negociais do obrigado tendentes ao inadimplemento e que podem ser abrangidas sob o “título comum” de “partecipazioni di volontà” (196-201).

⁽¹⁹²⁾ ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 142 (n. 285): “Diferentemente do direito italiano, onde se prescreve que a declaração de incumprimento do devedor deve ser feita por escrito (art. 1219 do CCit.), no sistema português não se exige forma especial (...)”. V., ainda, BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 265; *A Hipótese...*, p. 367: “A afirmação do normal tom expresso da declaração não implica sufragar a ‘tese’ italiana (...) da necessidade de uma formalização escrita do desejo do devedor”, pelo que “(...) a regra da liberdade formal é a mais sustentável (...)”. Contra, porém, GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 258, subentendendo-se quando o Autor propugna uma solução análoga à que se encontra vertida no art. 1219.º, n.º 2, do Codice/1942.

⁽¹⁹³⁾ BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, pp. 262-263; *A Hipótese...*, pp. 364-365; FERREIRA DE ALMEIDA, *Recusa...*, pp. 313-314. Mas, para a boa interpretação do art. 217.º, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*, 4.ª ed., Coimbra: Alme-

são essencialmente a três, devendo a recusa ser “séria”⁽¹⁹⁴⁾, “categórica” e “definitiva”^(195/196). Aquele segundo requisito⁽¹⁹⁷⁾, significando que a recusa não deve deixar “dúvidas de qualquer ordem”⁽¹⁹⁸⁾, parece susceptível de dar cobertura a outros requisitos que a doutrina tem vindo a apontar, entre eles a “clareza”⁽¹⁹⁹⁾, a “absolutidade”⁽²⁰⁰⁾, a “certeza”⁽²⁰¹⁾, a “pureza”⁽²⁰²⁾ ou a “inequívocidade”⁽²⁰³⁾.

dina, 2008, pp. 97-100: “A distinção assenta pois na avaliação da finalidade, directa ou indirecta, do declarante em emitir uma declaração negocial, tal como foi, ou haveria de ser normalmente, compreendida pelo declaratório (cf. art. 236.º). Se, nestes termos, a finalidade for directa, a declaração é expressa; se a finalidade for indirecta, porque se infere de um comportamento concludente, a declaração é tácita”.

⁽¹⁹⁴⁾ CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 148; GRAVATO DE MORAIS; *ob. cit.*, p. 164 e MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, p. 154.

⁽¹⁹⁵⁾ ALMEIDA COSTA, *ob. cit., loc. cit.*; ANA PRATA, *ob. cit.*, p. 710; BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 267; *A Hipótese...*, pp. 371-372; GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 258; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, p. 154 e VAZ SERRA, *Impossibilidade...*, p. 97; *mora...*, 300; 308. Para BRANDÃO PROENÇA, interligando o presente requisito com o problema da “retractação” da recusa, bastará “(...) a concludência do comportamento ou que a declaração *qua tale* crie no ‘declaratório’ a convicção que o devedor não realizará a prestação no prazo fixado ou no decurso de uma subsequente interpelação cominatória” (*Lições...*, p. 267; *A Hipótese...*, p. 371).

⁽¹⁹⁶⁾ FERREIRA DE ALMEIDA, *Recusa...*, p. 313, considera os requisitos de eficácia dispensáveis, na medida em que “ (...) a ‘seriedade’ e ‘definitividade’ nada acrescentam à exigência de que a intenção de não cumprir constitua o resultado da interpretação da declaração expressa ou do comportamento concludente”. Ora, se é verdade que o significado de “não cumprir” flui do processo interpretativo geral, isto não significa, porém, e como resultado também da interpretação, que a previsão normativa da recusa não possa determinar certos requisitos de eficácia.

⁽¹⁹⁷⁾ ALMEIDA COSTA, *ob. cit., loc. cit.*; GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 258; GRAVATO DE MORAIS, *ob. cit.*, pp. 163-164

⁽¹⁹⁸⁾ GRAVATO DE MORAIS, *ob. cit.*, p. 164.

⁽¹⁹⁹⁾ BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 266; *A Hipótese...*, p. 369 e VAZ SERRA, *Impossibilidade...*, p. 97.

⁽²⁰⁰⁾ GRAVATO DE MORAIS, *ob. cit.*, p. 163

⁽²⁰¹⁾ ANA PRATA, *ob. cit.*, p. 710 e CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 148.

⁽²⁰²⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo IV, p. 154.

⁽²⁰³⁾ ALMEIDA COSTA, *ob. cit., loc. cit.* e GRAVATO DE MORAIS, *ob. cit.*, p. 163. Aliás. BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 266, refere que “[u]ma declaração unívoca é uma comunicação não viciada, precisa, com ausência de pedidos de esclarecimento ao (pelo) credor e que mostra a intenção categórica, o propósito claro de o devedor não cumprir”.

8. Aceitação e rejeição da recusa pelo contraente fiel

Contrariamente ao que poderia sugerir o título do presente ponto — que, apenas por comodidade no processo comparativo, se deixou intocado —, não está verdadeiramente em causa uma “declaração de aceitação” ou uma “declaração de rejeição” por banda do contraente fiel. Uma vez a recusa chegada ao conhecimento do contraente fiel (art. 224.º, *ex vi* do art. 295.º), poderá este último optar entre manter o contrato em execução ou recorrer às pretensões do incumprimento definitivo.

A opção pelos mecanismos do incumprimento — ou, na hipótese inversa, pela execução específica — deverá ser tomada em prazo curto, tal como, aliás, sugeriu Vaz Serra. Assim, de acordo com os seus preparatórios do Código Civil, o credor pode “resolver o contrato ou exigir indemnização por não cumprimento, desde que assim o declare, no prazo breve que as circunstâncias permitirem”⁽²⁰⁴⁾.

9. (Ir)revogabilidade da recusa

Em conformidade com o disposto no art. 230.º, n.ºs 1 e 2, *ex vi* do art. 295.º, a recusa é retractável⁽²⁰⁵⁾ até a mesma ser recebida pelo credor ou ser dele conhecida. Uma vez a recusa chegada ao conhecimento do destinatário (credor), é duvidoso que o devedor possa unilateralmente revogá-la, ainda que se esteja perante um acto jurídico simples⁽²⁰⁶⁾.

⁽²⁰⁴⁾ VAZ SERRA, *Impossibilidade...*, p. 97. Mas, tb., BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 274; *A Hipótese...*, p. 390, afirmando que o “(...) credor deve actualizar, dentro de um prazo razoável, mas tendencialmente curto, um *jus electionis* (...)”.

⁽²⁰⁵⁾ Para a distinção entre retractação e revogação, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I...*, pp. 132-133.

⁽²⁰⁶⁾ Noutro sentido, mas em coerência com o fundamento dogmático-sistemático da proibição de *venire contra factum proprium*, FERREIRA DE ALMEIDA, *Recusa...*, p. 314, que aceita a possibilidade de revogação “(...) enquanto o credor não tenha alterado os seus planos de acção, isto é, enquanto se não tenha verificado um investimento de confiança”.

10. Efeitos

Uma vez confrontado com a recusa e caso opte por socorrer-se das pretensões próprias do incumprimento definitivo, assistem ao credor, nos termos gerais e sem quaisquer requisitos adicionais (v.g., interpelação admonitória), os direitos de resolução e/ou de indemnização⁽²⁰⁷⁾. Em relação à pretensão indemnizatória pode suscitar-se o problema de saber se o credor tem um dever de minimizar de danos? Em sentido negativo vai Ferreira de Almeida, considerando que, entre nós, não se detecta a “figura da *mitigation of damages*”, pelo que a “inacção do credor” não é subsumível ao conceito de “facto culposo do lesado”⁽²⁰⁸⁾. Em sentido contrário, contudo, está Brandão Proença, entendendo que a “omissão do credor” é subsumível ao art. 570.º, apesar de ser sempre necessário “demonstrar que o credor foi negligente nesse silêncio ou nesse não exercício tempestivo”⁽²⁰⁹⁾. Que dizer? Uma vez que se impõe ao credor o exercício do direito de opção dentro de um prazo curto (ou, pelo menos, razoável)⁽²¹⁰⁾, diante o exercício retardado resta apenas a solução de reduzir ou excluir a indemnização, por forma a acautelar a posição jurídica da contraparte^(211/212).

V., ainda, BRANDÃO PROENÇA, *A Hipótese...*, pp. 372-378: “Temos a convicção de que só é abusiva a conduta do devedor que pretenda, com a oferta de cumprimento, reverter a seu favor um estado de coisas desfavorável, retirando vantagens indevidas de uma situação que criou (p. ex., pretendendo agora com o cumprimento ‘escapar’ ao pagamento de uma indemnização mais pesada)”.

⁽²⁰⁷⁾ BRANDÃO PROENÇA, *A Hipótese...*, p. 390 e FERREIRA DE ALMEIDA, *A recusa...*, pp. 315-316.

⁽²⁰⁸⁾ FERREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit., loc. cit.*

⁽²⁰⁹⁾ BRANDÃO PROENÇA, *A Hipótese...*, p. 393.

⁽²¹⁰⁾ *Supra*, III, 8.

⁽²¹¹⁾ ASSUNÇÃO CRISTAS, *ob. cit.*, p. 258: “Não será impossível no direito português encontrar fórmulas que possam conduzir a uma limitação da indemnização, seja através da culpa do lesado, seja, no limite, pela cláusula genérica do abuso de direito (...)”.

⁽²¹²⁾ Para mais desenvolvimentos sobre a viabilidade da *mitigation of damages* no direito português, vide EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, “‘Mitigation of Damages’, redução de danos pela parte lesada e ‘culpa do lesado’”, *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 349-367. O Autor, desde logo, salienta uma questão terminológica, afirmando que “[n]a linguagem jurídica continental é correcto falar de mitigaçãõ do dano ou de reduçãõ da perda contratual, como o equivalente da expressãõ anglo-saxónica ‘mitigation of los-

Se credor optar por manter o contrato em execução e desde que o devedor tenha perdido “o benefício do prazo ou que seja defendido um incumprimento antecipado”⁽²¹³⁾, logo ao alcance do primeiro surge a execução específica. É isto mesmo quando a violação diga respeito a deveres acessórios⁽²¹⁴⁾. A recusa não se funda num incumprimento em sentido restrito e, por outro lado, da mesma não se pode extrair sempre um significado equivalente a uma renúncia ao benefício do prazo⁽²¹⁵⁾. No entanto, uma vez que a recusa séria, categórica e definitiva põe em causa a confiança do

ses’; por sua vez a expressão ‘mitigation of damages’ ou ‘mitigation of compensatory damages’ corresponde a redução do montante indemnizatório” (350, n. 7). Questionando se, à luz da nossa ordem jurídica, a mitigação do dano é, ou não, reconduzível ao conceito de “culpa do lesado”, constante do art. 570.º, e depois de passar em revista as diversas posições doutrinárias que têm sido aventadas sobre este problema — “culpa do lesado” como causalidade em sentido objectivo; “culpa do lesado” em sentido subjectivo ou culpa em sentido impróprio; “culpa do lesado” fundada na boa fé e “culpa do lesado” fundada na auto-responsabilidade —, Santos Júnior, afastando, de modo explícito, o critério da culpa subjectiva [porquanto “ (...) não há culpa, nem ilicitude, perante nós próprios (...)]”, bem como delimitando-o do instituto da boa fé (pois “não é possível falar de qualquer investimento na confiança por parte do lesante na mitigação da perda contratual do lesado”), parece considerar que o “fundamento dogmático” da mitigação do dano haverá de residir na ideia objectiva de causalidade (357-365).

⁽²¹³⁾ BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, pp. 277-279 (p. 278); *A Hipótese...*, pp. 398-400 (p. 398). O Autor reporta-se, de um modo mais geral, à “tutela conservatória do contrato” e não apenas à execução específica.

⁽²¹⁴⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, I, p. 480: “Delicado é o tema do incumprimento. Na doutrina alemã, é frequente a afirmação de que, quanto ao dever de prestar, há uma pretensão de cumprimento que pode levar à sua execução, pelo tribunal. Já no tocante aos deveres acessórios: apenas haveria pretensões de indemnização. // Esta última asserção não é satisfatória e não se aplicará, de todo o modo, no Direito português: aí é patente a preferencia legislativa pela execução específica (827.º a 829.º-A) e pela reconstituição natural (566.º/1). A indemnização é mero sucedâneo para aquilo que o Direito teria preferido que acontecesse. No fundamento: identificado um dever acessório, não vemos porque não submetê-lo ao regime geral, que exigirá o seu cumprimento”. Contra, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em Geral*, Volume I, 10.ª ed. revista e actualizada (7.ª reimpressão), Coimbra: Almedina, 2010, p. 127: “Quanto à sua disciplina jurídica, a generalidade dos deveres acessórios de conduta não dá lugar, como vimos, à acção judicial de cumprimento (art. 817.º), própria dos deveres de prestação. Mas a sua violação pode obrigar à indemnização dos danos causados à outra parte ou dar mesmo origem à resolução do contrato ou a sanção análoga (...)”.

⁽²¹⁵⁾ Recorde-se que, para FERREIRA DE ALMEIDA, *Recusa...*, pp. 315-316, no período anterior ao vencimento da obrigação, não é a execução específica que está “excluída”, mas a sua “consumação”.

credor em relação ao cumprimento — violando a boa fé —, pode, então, considerar-se que a mesma é assimilável às hipóteses de perda do benefício do prazo constantes dos arts. 780.º e seguintes. E isto, mesmo que não se verifique uma efectiva diminuição da esfera patrimonial⁽²¹⁶⁾.

Este entendimento abre lugar à *exceptio non adimpleti contractus*, cuja aplicação se estende aos casos de violação dos deveres acessórios⁽²¹⁷⁾. Mesmo que o credor deva cumprir a prestação em primeiro, poderá ainda recusar-se a fazê-lo se, nos termos do disposto no art. 429.º, “se verificar alguma das circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo”⁽²¹⁸⁾. Caso se entendesse que a recusa não é subsumível aos arts. 780.º e seguintes, ainda assim não estaria liminarmente afastada a aplicação da *exceptio*. A remissão do art. 429.º (“se verificar alguma das circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo”) não se faz apenas por referência aos arts. 780.º e seguintes, mas abrange, de igual modo, “quaisquer outras circunstâncias cuja verificação possa pôr em perigo a efectivação do direito à contraprestação”⁽²¹⁹⁾.

⁽²¹⁶⁾ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 279; *A Hipótese...*, p. 400: “(...) se o quadro legal dos arts. 780.º, 781.º e 934.º não favorece uma interpretação tendente à integração da nossa hipótese, também é certo que não há razões fortes que apontem para um *ius singulare* e para a consequente exclusão do procedimento analógico”. Mais acrescentando que “(...) se, nos casos legais, a possibilidade de o credor poder exigir imediatamente o incumprimento se sintoniza com uma perda de confiança na capacidade de cumprimento do devedor, parece-nos que esse temor é potenciado quando o próprio devedor se torna ‘suspeito’, isto é, reconhece e manifesta, por vontade sua ou conduta material, essa mesma incapacidade. Se é certo que a declaração em si não se repercute sobre a situação patrimonial do devedor, também é verdade que o credor é confrontado objectivamente com a força subjectiva da intenção revelada”.

⁽²¹⁷⁾ CARNEIRO DA FRADA, *ob. cit.*, pp. 276-277.

⁽²¹⁸⁾ BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, p. 279; *A Hipótese...*, p. 400. Em sentido diverso, FERREIRA DE ALMEIDA, *Recusa...*, pp. 316-317, admitindo o exercício da *exceptio*, não por via do disposto no art. 429.º (uma vez que “a declaração da intenção de não cumprir não tem por efeito directo a perda do direito ao benefício do prazo”), mas por via analógica. Com efeito, o art. 428.º “não contempla todas as hipóteses em que a excepção é invocável”, abrangendo ainda aquelas em que “a obrigação incumprida se tenha vencido antes ou a obrigação de quem invoca a excepção seja uma obrigação pura”.

⁽²¹⁹⁾ JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A Excepção de Não Cumprimento do Contrato. Conceito e Fundamento*, 2.ª ed. (com aditamento à reimp. de 1986 de dois artigos sobre actualização do instituto nos contratos de trabalho e de empreitada), Coimbra: Almedina, 2012,

IV. A recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação no Draft Common Frame of Reference

11. Enquadramento dogmático-sistemático

Embora o Direito Privado Comum europeu não seja nova aspiração entre os juristas⁽²²⁰⁾, a verdade é que uma harmonização de sabor sistemático — eventualmente materializável num Código Civil — apenas teve início nos finais dos anos 80, altura em que o Parlamento Europeu lançou diversos apelos nesse mesmo sentido⁽²²¹⁾. Foi neste enalço que, em Julho de 2001, a Comissão Europeia apresentou um comunicado contendo as várias opções possíveis para a consecução de um direito europeu dos contratos⁽²²²⁾. Eram, pois, quatro os cenários em jogo⁽²²³⁾: *i*) nada fazer e confiar que o mercado seria capaz de conjugar os “diferentes valores sociais”⁽²²⁴⁾; *ii*) promover o desenvolvimento de princípios comuns ao nível do direito contratual, nomeadamente promovendo estudos comparativos⁽²²⁵⁾; *iii*) aperfeiçoar a legislação comunitária

pp. 69-71. Esclarece este Autor que “[p]ara Vaz Serra, é esse o âmbito de aplicação que deve ser reconhecido ao art. 429.º, não o limitando, pois, aos casos compreendidos no art. 780.º, sob pena de ficar desprovido de qualquer sentido útil. Com efeito, perdendo o outro contraente o benefício do prazo a sua dívida torna-se imediatamente exigível e passa a ser-lhe oponível a exceção nos termos gerais”. Mas, contrariamente a esta posição e apoiado sobre um argumento de segurança jurídica, J. J. Abrantes, restringe a remissão daquele art. 429.º às hipóteses previstas no art. 780.º, afirmando que a “(...) solução preconizada por Vaz Serra poderia ser mais justa, mas apresentava maior perigo sob o ponto de vista da segurança jurídica”.

⁽²²⁰⁾ Cf., por todos, MOURA VICENTE, *ob. cit.*, pp. 525 e ss.: “O principal impulso no sentido de uma aproximação dos sistemas jurídicos nacionais provém das iniciativas que desde há várias décadas têm sido levadas a cabo com vista à harmonização e unificação internacional do Direito Privado” (525).

⁽²²¹⁾ BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON, “Regards sur le processus de formation d’un droit européen des contrats”, *Le Droit Comparé Face à L’Harmonisation des Droits. Actes de la XV.ème édition des journées juridiques franco-roumaines*, Société de Législation Comparée, pp. 7-23 (7). E, ainda, ZIMMERMANN, “Comparative Law and the Europeanization of Private Law”, p. 546.

⁽²²²⁾ COM (2001) 398 final.

⁽²²³⁾ COM (2001) 398 final, p. 12.

⁽²²⁴⁾ *Ibidem*, p. 13.

⁽²²⁵⁾ *Ibidem*, pp. 14-15.

existente, através da respectiva reformulação, compilação e codificação⁽²²⁶⁾ ou, então, *iv*) adoptar nova legislação comunitária sobre a matéria⁽²²⁷⁾. Estas estas opções não teriam, entre si, carácter excludente^(228/229).

Em 25 de Março de 2002, a Comissão Europeia divulgou os resultados daquele comunicado, tendo prevalecido as opções *ii*) e *iii*)⁽²³⁰⁾. A Comissão efectuaria, neste seguimento, um conjunto de comunicações tendentes à harmonização do Direito Privado Europeu: *i*) a *more coherent european contract law. An action plan*⁽²³¹⁾; *ii*) *European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward* (afastando a solução codificatória e optando por um Common Frame of Reference)⁽²³²⁾ e, por fim, *iii*) *First Annual Progress report on European Contract Law and the Acquis Review*⁽²³³⁾.

Com a Decisão n.º 1523/200/CE (JO 232, 29/08/2002), a Comissão criou ainda a Joint Network on European Contract Law (CoPECL)⁽²³⁴⁾ que reúne oito grupos distintos: *i*) o Study Group on a European Civil Code (*Study Group*); *ii*) o Research Group on the Existing EC Private Law (*Acquis Group*); *iii*) o Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law (*Insurance Group*); *iv*) a Association Henri Capitant (em conjunto com a Société de Législation Comparée e o Conseil Supérieur du Notariat); *v*) o Common Core Group; *vi*) o Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules (*Economic Impact Group*); *vii*) o *Database Group* e *viii*) a Academy of European Law⁽²³⁵⁾.

⁽²²⁶⁾ *Ibidem*, pp. 15-16.

⁽²²⁷⁾ *Ibidem*, pp. 16-17.

⁽²²⁸⁾ *Ibidem*, p. 13.

⁽²²⁹⁾ Esclarece FAUVARQUE-COSSON, *ob. cit.*, p. 10, que o Parlamento Europeu, através da Resolução de 15/11/2001 (JOCE C140 E/539), apontou à Comissão Europeia o facto de a COM (2001) 398 apresentar um âmbito limitado ao domínio contratual.

⁽²³⁰⁾ FAUVARQUE-COSSON, *ob. cit.*, pp. 10-11.

⁽²³¹⁾ COM (2003) 68 final, de 12/02/2003.

⁽²³²⁾ COM (2004) 651 final, de 11/10/2004.

⁽²³³⁾ COM (2005) 456 final, de 23/09/2005.

⁽²³⁴⁾ <www.copecl.org>.

⁽²³⁵⁾ A página de Internet do CoPECL apresenta hiperligações para as páginas dos respectivos grupos.

Na elaboração do DCFR assumiram particular relevo o *Study Group* e o *Acquis Group*⁽²³⁶⁾. O primeiro, sob a coordenação de von Bar, veio dar continuidade à Comissão para o Direito Europeu dos Contratos (“Grupo Lando”), então responsável pela elaboração do PECL⁽²³⁷⁾. Na linha das orientações da Comissão Europeia⁽²³⁸⁾, o DCFR resultou de um extenso trabalho efectivado por mais de duas centenas de pessoas, manifestando cariz essencialmente académico^(239/240). Surgiu numa *interim edition* (2008) e, mais tarde, sob uma *outline edition* (2009). No final, de acordo com uma *full edition*, foi publicado em seis volumes, originariamente em língua inglesa, e contendo longos comentários e notas comparativas⁽²⁴¹⁾.

O DCFR extravasa o âmbito contratual. Com efeito, ao longo dos seus dez livros, o texto procura abarcar muitos aspectos obrigacionais, como se depreende da sua sistemática:

I — General provisions

⁽²³⁶⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 1: “The following volumes contain the results of the work of the Study Group on a European Civil Code (the “Study Group”) and the Research Group on Existing EC Private Law (the “Acquis Group”). The former Commission on European Contract Law (the “Lando Commission”) provided the basis for much of Books II and III; it was on their Principles of European Contract Law (PECL) that the Study Group and the Acquis Group built. The Acquis Group concentrated on existing Community law in the area of general contract law. The Study Group’s main focus was on the remaining material”.

⁽²³⁷⁾ SOMMA, “Towards a European private law? The Common Frame of Reference in the conflict between EC law and national laws”, in HANS-W. MICKLITZ/FABRIZIO CAFAGGI (ed.), *European Private Law after the Common Frame of reference*, Cheltenham: Elgare, pp. 1-23 (2).

⁽²³⁸⁾ FLORIAN MÖSLEIN, “Legal innovation in European contract law: within and beyond the (Draft) Common Frame of Reference”, p. 176.

⁽²³⁹⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 1.

⁽²⁴⁰⁾ O carácter puramente académico do DCFR não tem sido aceite por todos. Assim, SOMMA, “Towards a European private law? The Common Frame of Reference in the conflict between EC law and national laws”, p. 3. E, tb., JANSEN, “The authority of an academic ‘Draft Common Frame of Reference’” p. 147. Destaca MENEZES CORDEIRO, *Traçado...*, Volume VI, p. 261, que “[o]s instrumentos europeus, mesmo no atual estágio de estudo, prestam-se, ainda, a críticas de outra natureza. O DCFR, por exemplo, pela preocupação de ser apresentado antes do termo do primeiro mandato do presidente da Comissão Durão Barroso, teria sido aprontado sem o tempo de maturação necessário. Aponta-se falta de transparência, na escolha dos peritos que intervêm”.

⁽²⁴¹⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 2.

- II — Contracts and other juridical acts
- III — Obligations and corresponding rights
- IV — Specific contracts and the rights and obligations arising from them
- V — Benevolent intervention in another's affairs
- VI — Non-contractual liability arising out of damage caused to another
- VII — Unjustified enrichment
- VIII — Acquisition and loss of ownership of goods IX — Proprietary security in movable assets
- X — Trusts

Os Livros II e III tiveram na base os PECL⁽²⁴²⁾ e foram aqueles cuja elaboração mais dificuldades suscitou. Os autores optaram, porém, por autonomizar as “obrigações”, aplicando-se o Livro III tanto às obrigações de fonte contratual, como às obrigações de fonte não-contratual⁽²⁴³⁾. O contrato permanece, ainda assim, o acto jurídico paradigmático^(244/245). A autonomização do Livro III, baseado na noção de “obrigação”, representa a prevalência da abstracção germânica sobre o domínio do *contract*. Esta opção foi, no entanto, alvo de várias críticas⁽²⁴⁶⁾. O contrato é encarado, por sua

⁽²⁴²⁾ PAUL VARUL, “Performance and Remedies for Non-performance: Comparative Analysis of the PECL and DCFR”, *Juridica International* [em linha], 2008, N.º 1, pp. 104-110 (104). [Consulta efectuada no dia 18/04/2015]. Disponível na Internet em <<http://www.juridicainternational.eu/index.php?id=13893>>.

⁽²⁴³⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, pp. 13-14.

⁽²⁴⁴⁾ De ora em diante, os preceitos referidos ou citados pertencem ao DCFR.

⁽²⁴⁵⁾ III. — 1:101: Scope of Book: “This Book applies, except as otherwise provided, to all obligations within the scope of these rules, whether they are contractual or not, and to corresponding rights to performance”. Vem referido, em comentário, que “[t]here are, however, a few provisions which apply only to contractual obligations — as is indicated by the words “except as otherwise provided”. These are clearly identified. Of course, such specific provisions prevail over the general rule” (*Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 671).

⁽²⁴⁶⁾ Cf. FAUVARQUE-COSSON, *ob. cit.*, p. 14: “Sur le fond, le PCCR consacre une vision abstraite et complexe du droit des obligations, influencée par le modèle allemand. Ainsi, le Livre II porte sur les ‘contrats et autres actes juridiques’ et le livre III traite des ‘obligations et autres droits’. Il n’y a donc pas de livre ou de chapitre spécifiquement consacré aux contrats”.

vez, como *fonte* de obrigações e não como instituto geral do direito⁽²⁴⁷⁾. A obrigação vem assimilada à noção analítica de dever e, por isso, afasta-se da concepção omnicomprensiva do direito alemão⁽²⁴⁸⁾. O art. III. — 1:102, §(1) é bem claro ao definir a obrigação como “a duty to perform which one party to a legal relationship, the debtor, owes to another party, the creditor”. E, de modo impressivo, vem referido⁽²⁴⁹⁾:

It is necessary to define “obligation” because in national laws and legal literature the word is used in at least two senses. Sometimes it is used, as here, as the correlative of a right to performance — the debtor’s side of the legal relationship between the debtor and the creditor. The expression “rights and obligations” is found very frequently. Sometimes the word “obligation” is used to denote the whole legal relationship between the debtor and the creditor. This usage, although traditional and eminently respectable, appears to be less frequent in modern European and international legal instruments. The Principles of European Contract Law, for example, use “obligation” predominantly in the first sense. An obligation is performed or not performed. One does not perform a relationship. The important thing from the drafting point of view is to make a clear choice and stick to it. Paragraph (1) of the Article defines “obligation” in the first of the two senses mentioned.

Todavia, nas palavras dos próprios autores do DCFR, a *obligation* não seria assimilável ao *duty*. Assim⁽²⁵⁰⁾:

Under the definition in paragraph an obligation presupposes a legal relationship an is owed to a particular creditor. This is one of the features which distinguishes an obligation from a duty under these rules. A person has a duty if that person is bound to do something, or expected to do something, in accordance with an applicable normative.

(247) FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I...*, p. 15: “Ora, em comparação com outros direitos (por exemplo, o francês, o inglês e norte-americano), em que o contrato se contém dentro dos limites estreitos do acordo gerador de obrigações, o contrato é, quer no direito alemão quer no direito português, uma instituição muito mais ampla cujos efeitos se podem também estender para o domínio dos direitos pessoais, familiares, sociais, reais e de propriedade intelectual”.

(248) *Supra*, III, 6.

(249) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 671.

(250) *Ibidem*, pp. 671-672.

Circunscrito o objecto do DCFR, cabe uma breve palavra sobre as suas finalidades. Ora, depois de afastado o impulso codificatório ao nível do direito comum europeu ⁽²⁵¹⁾, tem-se vindo a salientar que o DCFR pode servir à modernização das diversas legislações nacionais⁽²⁵²⁾. Por outro lado, pode constituir modelo de base a uma futura legislação comunitária⁽²⁵³⁾. O texto pode servir, ainda, como um acervo destinado a disciplinar as relações contratuais entre privados, se estes assim o determinarem⁽²⁵⁴⁾.

Na senda do art. III. — 1:102 §(2), a *performance of an obligation* consiste em o devedor fazer o que deve ser feito ou não fazer o que não deve ser feito em conformidade com o programa obrigacional⁽²⁵⁵⁾. A matéria do cumprimento espalha-se pelo Livro III, Capítulo, II (arts. III. — 2: 101 a III. — 2:114):

- III. — 2: 101: Place of performance
- III. — 2: 102: Time of performance
- III. — 2: 103: Early performance
- III. — 2: 104: Order of performance
- III. — 2: 105: Alternative obligations or methods of performance
- III. — 2: 106: Performance entrusted to another
- III. — 2: 107: Performance by a third person
- III. — 2: 108: Method of payment
- III. — 2: 109: Currency payment
- III. — 2: 110: Imputation of performance

⁽²⁵¹⁾ HUGH BEALE, “The Natures and Purposes of the Common Frame of Reference”, *Juridica internacional* [Em linha], 2008, N.º 1, pp. 10-17 (p. 11). [Consulta efectuada no dia 18/04/2015]. Disponível na Internet em <<http://www.juridicainternational.eu/index.php?id=12707>>. E, ainda, FLORIAN MÖSLEIN, “Legal innovation in European contract law: within and beyond the (Draft) Common Frame of Reference”, p. 178.

⁽²⁵²⁾ BEALE, *ob. cit.*, p. 11.

⁽²⁵³⁾ BEALE, *ob. cit.*, p. 12 e MÖSLEIN, *ob. cit.*, pp. 176-177.

⁽²⁵⁴⁾ BEALE, *ob. cit.*, p. 15. E, tb., MÖSLEIN, *ob. cit.*, pp. 177-178: “(...) the (D)CFR may, at a later stage, also be used as a basis for an optional instrument. Two conceptually distinct mechanisms can be deployed to make contracts subject to CFR rules. Parties can either incorporate the CFR in the contract as a set of standard terms (subject to the mandatory rules of the invariably applicable national law) or they can select it as the applicable law (substituting for the national legal order that would otherwise apply). Whereas parties are free to choose the first alternative, the second track would require legislative intervention at the European level”.

⁽²⁵⁵⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 672.

- III. — 2: 111: Property not accepted
- III. — 2: 112: Money not accepted
- III. — 2: 113: Costs and formalities of performance
- III. — 2: 114: Extinctive effect of performance

Os aspectos respeitantes ao tempo do cumprimento (*time of performance*) encontram-se, em regra, orientados pelo princípio da *freedom of contract*⁽²⁵⁶⁾. Muito em particular, de acordo com o art. III. — 2: 102, §§(1) e (2), distinguem-se três hipóteses: *i*) o tempo do cumprimento é determinável e corresponde a um termo fixo, *ii*) o tempo do cumprimento é determinável e corresponde a um período de tempo e, por último, *iii*) o tempo do cumprimento não é determinável. No primeiro caso, a obrigação deve ser cumprida no termo prefixado. Na segunda, o cumprimento é deve ocorrer em qualquer momento do período estabelecido, cabendo a escolha desse momento ao devedor, salvo se as circunstâncias indicarem que a escolha deva recair sobre o credor. E, por fim, não sendo determinável, a obrigação é cumprida em “reasonable time after it arises”⁽²⁵⁷⁾. A obrigação não é pagável antecipadamente, podendo então, em regra, o credor rejeitar o cumprimento⁽²⁵⁸⁾. Nos termos do art. III. — 2:114, o cumprimento da obrigação determina a suas extinção se estiver designadamente “(...) in accordance with the terms regulating the obligation”.

A *non-performance* corresponde a “any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation” (cf. art. III. — 1:102 §(3)). Está em causa uma noção unitária de não-cumprimento à qual tendencialmente se aplica o bloco geral de pretensões (*remedies*)⁽²⁵⁹⁾.

⁽²⁵⁶⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 728.

⁽²⁵⁷⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, pp. 726-727.

⁽²⁵⁸⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 731: “A rule to the effect that a debtor may always perform the obligation early would not meet the needs of modern contractual relations”.

⁽²⁵⁹⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 672. Neste sentido, realça ASSUNÇÃO CRISTAS, *ob. cit.*, p. 247 que “(...) o DCFR desvaloriza a

O regime encontra-se no Livro III, Capítulo III, estendendo-se por quarenta e cinco artigos:

- Section 1 — General
- Section 2 — Cure by the debtor of non-conforming performance
- Section 3 — Right to enforce performance
- Section 4 — Withholding performance Section 5 — Termination
 - Sub-section 1 — Grounds for termination
 - Sub-section 2 — Scope, excuse and loss of right to terminate
 - Sub-section 3 — Effects of termination
 - Sub-section 4 — Restitution Section 6 — Price reduction
- Section 7 — Damages and interest

De acordo com o disposto nos artigos III. — 3:101 e III. — 3:102, uma situação de *non-performance* oferece, em regra, ao credor todo o catálogo de pretensões. Quer isto dizer, portanto, que este pode alcançar-se de uma ou mais pretensões, desde que as mesmas sejam compatíveis. A simplicidade deste esquema merece, porém, algumas salvaguardas. Há, na verdade, que distinguir três hipóteses: *i*) o não-cumprimento *which is excused*, *ii*) o não-cumprimento *which is not excused* e, por fim, *iii*) o não-cumprimento *wholly or partially caused by the creditor*. Na primeira situação, assiste ao credor a plenitude dos *remedies*, entres eles o direito *to enforce performance*, o direito *to withhold performance*, a *termination*, os *damages* e a *reduction of price* (cf. III. — 3:101 §(1)). Na segunda, assistem-lhe todas essas pretensões, exceptuando a *specific performance* e os *damages* (§(2)). Na última, a conduta do credor (com ou sem *fault*) é passível de limitar, parcial ou totalmente, o leque de pretensões (§(3))^(260/261).

A declaração antecipada de não-cumprimento tem expresso acolhimento no DCFR. Assim, no Livro III, Capítulo III, Secção 5, surge o art. III. — 3:504, sob a epígrafe “*anticipated non-perfor-*

qualificação substancial do incumprimento, e, por isso, ao capítulo relativo ao cumprimento sucede o capítulo que trata os remédios para o incumprimento (...).”

⁽²⁶⁰⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, pp. 772-774.

⁽²⁶¹⁾ *V.*, sobre cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade, *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, pp. 793 e ss.

mance”, dispondo que “a creditor may terminate before performance of a contractual obligation is due if the debtor has declared that there will be a non-performance of the obligation, or it is otherwise clear that there will be such a non-performance, and if the non-performance would have been fundamental”. A consagração da figura está em linha com diversos outros textos internacionais, mas os autores do DCFR terão optado por uma formulação de sabor mais “neutro”, não acolhendo a expressão anglo-saxónica “*anticipatory breach*”⁽²⁶²⁾.

12. A manifestação de recusa: forma, modalidades e requisitos de eficácia

Nos termos gerais (cf. art. II. — 1:106: Form)⁽²⁶³⁾, a recusa parece não obedecer a forma especial. Ela pode ser expressa (*express*) ou implícita (“*but even in the absence of repudiation the circumstances make the situation clear*”)⁽²⁶⁴⁾. A sua eficácia depende de ser “clear” e “fundamental”. Estes requisitos estavam presentes noutros textos de direito dos contratos. Neste sentido, já determinava o art. 7.3.3. dos Princípios UNIDROIT/2010 que “where prior to the date for performance by one the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract”.

Quanto ao primeiro requisito, e conforme vem analogamente esclarecido nos comentários aos Princípios UNIDROIT, o não-

⁽²⁶²⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, pp. 867.

⁽²⁶³⁾ Assim, de acordo com artigo II. — 1:106 (1), “a contract or other juridical act need not be concluded, made or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form”. Em comentário ao texto, vem referido que “[p]aragraph (1) lays down the general principle that there is no formal requirement for a contract or other juridical act. This may be displaced by a particular provision on a particular topic but, in general, there is no need for writing, sealing, authentication by a notary, filing in a public registry or anything else. This principle is widely accepted among the legal systems at least as far as commercial contracts are concerned” — cf. *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 149.

⁽²⁶⁴⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 868.

-cumprimento deve ser claro — no sentido de inequívoco —, não bastando, para o efeito, que o credor possua meras suspeitas⁽²⁶⁵⁾. Quanto ao segundo requisito, deve interpretar-se o preceito em consideração com o disposto no art. III. — 3:502, cujo § (2), esclarece que “a non-performance of a contractual obligation is fundamental if: (a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or (b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor’s future performance cannot be relied on”⁽²⁶⁶⁾.

13. Aceitação e rejeição da recusa pelo contraente fiel

O credor pode fazer cessar a relação contratual (*termination*) se for claro que haverá uma “fundamental non-performance”⁽²⁶⁷⁾. Ele perde, porém, esse direito se não o exercer dentro de um “reasonable time”⁽²⁶⁸⁾. Nos termos do art. III.—3:106, a declaração do credor produz efeitos pela sua mera expedição, valendo, então, “dispatch principle”^(269/270).

⁽²⁶⁵⁾ Princípios UNIDROIT, p. 254. Consultáveis na Internet em <www.unidroit.org>.

⁽²⁶⁶⁾ Para mais desenvolvimentos, *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, pp. 853-855.

⁽²⁶⁷⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 868.

⁽²⁶⁸⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 882. Acrescenta-se, nos comentários ao presente dispositivo, que [t]his provision is required for the protection of the debtor who may be continuing to spend time, effort and money on performance” (p. 881).

⁽²⁶⁹⁾ Em regra vale o “receipt principle”, determinando o artigo I. — 1: 109: § (3) que “the notice becomes effective when it reaches the addressee, unless it provides for a delayed effect” — *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 113.

⁽²⁷⁰⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 802.

14. (Ir)revogabilidade da recusa

Nos termos do art. II. — 4: 202: § (1), “an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before the offeree has dispatched an acceptance or, in cases of acceptance by conduct, before the contract has been concluded”. Há, porém, quanto a este aspecto, que distinguir entre a *revocation* e a *withdrawal*. Depois de emitida, a oferta pode ser objecto de retractação até respectiva recepção pela contraparte (*withdrawn*). Depois de recebida, embora antes de ser aceite (*dispatch*), pode ser objecto de *revocation*⁽²⁷¹⁾. O que fica dito pode ser *mutatis mutandis* aplicado à recusa⁽²⁷²⁾.

Com efeito, as regras sobre formação do contrato não são geralmente aplicáveis aos outros actos jurídicos, mas “(...) questions about the effectiveness of a unilateral juridical act can arise”⁽²⁷³⁾.

15. Efeitos

A recusa está sistematicamente inserida em sede da *termination*. Isto não significa, contudo, que o contraente fiel esteja impedido de recorrer a outras pretensões⁽²⁷⁴⁾. Além daquela, assiste-lhe a faculdade de pedir *damages*, de exercer o *right to enforce performance* e, ainda, de invocar a *withholding performance*. Mas, se houvesse que estabelecer uma ordem de precedência entre essas pretensões, à cabeça surgiria a *termination*, na medida em que a derradeira decisão passa precisamente por manter, ou não, em execução a situação jurídico-contratual⁽²⁷⁵⁾.

⁽²⁷¹⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 301.

⁽²⁷²⁾ Artigo III. — 4: 301: The requirements for a unilateral juridical act are: (a) that the party doing the act intends to be legally bound or to achieve the relevant legal effect; (b) that the act is sufficiently certain; and (c) that notice of the act reaches the person to whom it is addressed or, if the act is addressed to the public, the act is made public by advertisement, public notice or otherwise.

⁽²⁷³⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 339.

⁽²⁷⁴⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 868.

⁽²⁷⁵⁾ Embora inicie o estudo pelo *right to enforce performance*, cf., neste sentido,

O exercício da *termination* não carece de ser judicial, podendo sê-lo “by notice to the debtor” (cf. art. III. — 3:507 §(1)). A notificação do devedor é mesmo dispensável se o credor fixou-lhe um prazo adicional para o cumprimento e o primeiro nada fez (§(2)). A notificação não está sujeita a forma especial, mas deve, em certas circunstâncias, ser fundamentada⁽²⁷⁶⁾. Se não for efetuada em “reasonable time”, pode ocorrer a perda do direito de cessar o contrato⁽²⁷⁷⁾. Em regra, conforme decorre do art. III. — 3:509, a *termination* envolve a extinção das recíprocas obrigações, mas só opera para o futuro. Tal não impede, contudo, a permanência de certos direitos e obrigações^(278/279). Na linha dos mais modernos entendimentos, o direito *to terminate* é cumulável com a indemnização por danos passados e, bem assim, com os “damages for actual non-performance”⁽²⁸⁰⁾.

Se o contraente fiel optar por manter a relação contratual e o devedor não se apresentar voluntariamente ao cumprimento, assiste-lhe o *right to enforce performance*. Há que distinguir, essencialmente, entre o “enforcement of monetary obligations” (art. III.— 3:301) e o “enforcement of non-monetary obligations” (art. III. — 3:302). Por outro lado, a exceção de não cumprimento do contrato (*withholding performance*) tem expresso acolhimento no art. III. — 3:401⁽²⁸¹⁾. A exceção tanto se aplica às obrigações que devam ser cumpridas simultânea ou posteriormente pelo credor, como se aplica às obrigações que devam ser cumpridas anteriormente. Neste último caso, o credor deve avisar o devedor, tão cedo quanto possível, de que irá exercer a exceção, sob pena de responder pelos danos⁽²⁸²⁾.

VARUL, “Performance and Remedies for Non-performance: Comparative Analysis of the PECL and DCFR”, p. 109.

⁽²⁷⁶⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 879.

⁽²⁷⁷⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, pp. 881-882.

⁽²⁷⁸⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 887.

⁽²⁷⁹⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 888.

⁽²⁸⁰⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 888.

⁽²⁸¹⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 844.

⁽²⁸²⁾ *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 845.

O contraente fiel tem, em regra, direito à indemnização, salvo se a “non-performance is excused” (arts. III. — 3:101 e III. — 3:701, parte final). A indemnização abrange também os danos não-patrimoniais (*non-economic loss*)(²⁸³). As partes são livres de estipular cláusulas indemnizatórias(²⁸⁴), mas o montante convencionado pode ser judicialmente reduzido(²⁸⁵). O devedor não é responsável pelos danos na precisa extensão em que o credor tenha contribuído, por acção ou omissão, para o mesmo (art. III. — 3:704). Neste âmbito, prefiguram-se três hipóteses: *i*) a conduta do credor é concausa da da “non-performance”, *ii*) a sua conduta agrava os efeitos dos danos e, por fim, *iii*) o credor estava em medida de ter reduzido ou extinto os danos (art. III. — 3:705)(²⁸⁶). Só neste último caso se pode falar numa “failure to mitigate loss”(²⁸⁷). Esta regra é, igualmente, aplicável à *anticipated non-performance*(²⁸⁸).

V. Síntese comparativa

Escolhido, decomposto e analisado o termo comparativo à luz dos três *comparanda* previamente seleccionados, cabe proceder, por fim, à síntese comparativa, procurando por a descoberto as principais diferenças e semelhanças que foram emergindo no decurso do processo microcomparativo(²⁸⁹).

(²⁸³) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 917.

(²⁸⁴) Artigo III. — 3: 712 (1): “Where the terms regulating an obligation provide that a debtor who fails to perform the obligation is to pay a specified sum to the creditor for such non-performance, the creditor is entitled to that sum irrespective of the actual loss”.

(²⁸⁵) Artigo III. — 3:712 (2): “However, despite any provision to the contrary, the sum so specified in a contract or other juridical act may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances”.

(²⁸⁶) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 934.

(²⁸⁷) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 935.

(²⁸⁸) *Principles, Definitions and model rules of European Private Law...*, p. 936.

(²⁸⁹) Cf. FERREIRA DE ALMEIDA/MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, pp. 33-34 e MOURA VICENTE, *ob. cit.*, pp. 43-45. Assim, já afirmava CASTRO MENDES, *ob. cit.*, p. 22, que

16. Síntese comparativa

- a) *Enquadramento dogmático-sistemático.* A recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação, como facto susceptível de convocar os efeitos do incumprimento definitivo, é, hoje, um problema estabilizado. Efetivamente, depois de aturados estudos comparativos, os autores do DCFR foram capazes de dar expressa guarida à figura, sem, todavia, assumirem vincados compromissos dogmáticos. Entre nós, mesmo sem previsão normativa expressa, a doutrina e a jurisprudência portuguesas têm, salvo entendimentos pontuais, associado à recusa os efeitos do incumprimento definitivo.
- b) *Manifestação de recusa: forma, modalidades e requisitos de eficácia.* A manifestação de recusa encontra-se geralmente sujeita à liberdade de forma, estando em linha com a tendente desformalização da ordem jurídica⁽²⁹⁰⁾. Por outro lado, a recusa ser explícita ou implicitamente revelada. Entre os numerosos requisitos de eficácia sugeridos, descortina-se uma necessidade básica de segurança jurídica, ou seja, a manifestação de recusa não pode deixar margens para dúvidas quanto à intenção de não cumprir.
- c) *Aceitação e rejeição da recusa pelo contraente fiel.* Somente no direito inglês há um verdadeiro direito de eleição, facultando ao contraente fiel a escolha entre a aceitação do repúdio ou a aceitação do contrato. Tanto à luz da ordem jurídica portuguesa, como à luz do disposto no DCFR, cabe ao contraente, dentro de um prazo curto ou

“[m]esmo uma lista de soluções diferentes dadas por várias ordens jurídicas a um mesmo problema só será direito comparado se a intenção do autor, como é natural, for a de sublinhar semelhanças e diferenças”.

⁽²⁹⁰⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I — Parte Geral, Tomo I*, 3.^a ed., 2007, Coimbra: Almedina, p. 565: “(...) as ordens jurídicas da actualidade são dominadas por um princípio de liberdade de forma, também designada regra da consensualidade (...)”.

razoável e se assim pretender, alcançar-se das pretensões associadas ao incumprimento.

- d) *(Ir)revogabilidade da recusa*. O direito inglês parece, neste aspecto, ser constringente, não admitindo a revogação da *repudiation*. Entre nós, a retractação é admissível nos termos gerais, pese embora a possibilidade de revogação suscite dúvidas doutrinárias. O DCFR permite a *withdrawal* até que a recusa seja pela contraparte recepcionada. Depois disto, só se afigura possível a *revocation* entre o momento da recepção e até à emissão da aceitação (*dispatch*).
- e) *Efeitos*. No direito inglês, as pretensões do credor diferem consoante este opte por aceitar ou rejeitar a recusa. Se aceitar, assistem-lhe os direitos de cessar o contrato (*termination*) e de indemnização (*damages*). Se rejeitar, o credor pode recorrer à *order of specific performance* ou à *injunction*, enquanto pretensões fundadas em *equity*. O DCFR parte também de uma noção unitária de não-cumprimento e atribui geralmente, para cada modalidade, a totalidade de pretensões existentes. Entre nós e de acordo com a maioria da doutrina e jurisprudência, os efeitos da recusa são equiparáveis aos efeitos previstos para o incumprimento definitivo.

17. Grelha comparativa

GRELHA COMPARATIVA			
TERMO COMPARATIVO	A RECUSA DO DEVER DE PRESTAR ANTES DO VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO QUANDO O PRAZO SE ACHE ESTABELECIDO A FAVOR DO EMITENTE DA RECUSA		
COMPARANDAS	ORDEM JURÍDICA INGLESA	ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA	DCFR
ELEMENTOS DO TERMO COMPARATIVO			
ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO-SISTEMÁTICO	O <i>leading case</i> surgiu com a decisão <i>Hochster v De la Tour</i> (1853), embora o problema fosse já conhecido	Inexiste previsão legal expressa, mas a doutrina e a jurisprudência encontram fundamentos normativos diversos	III. — 3:504: Termination for anticipated non-performance. “A creditor may terminate before performance of a contractual obligation is due if the debtor has declared that there will be a non-performance of the obligation, or it is otherwise clear that there will be such a non-performance, and if the non-performance would have been fundamental”.
MANIFESTAÇÃO DA RECUSA: FORMA, MODALIDADE E REQUISITOS DE EFICÁCIA	Forma: liberdade de forma. Modalidades: <i>express, implicit, inferred from silence</i> . Requisitos de eficácia: <i>clear and absolute</i> .	Forma: liberdade de forma (art. 219.º, <i>ex vi</i> do art. 295.º) Modalidades: expressa ou tácita (art. 217.º, <i>ex vi</i> do art. 295.º) Requisitos de eficácia: vários requisitos são apontados, mas o denominador comum repousa na ideia de que a recusa não deve deixar dúvidas quanto à intenção.	Forma: liberdade de forma (art. II — 1:106) Modalidades: <i>express and debtor’s behaviour</i> Requisitos de eficácia: <i>clear</i> e a <i>non-performance</i> deve ser <i>fundamental</i> .
ACEITAÇÃO E REJEIÇÃO PELO CONTRAENTE FIEL	A aceitação deve ser <i>complete and unequivocal</i> . A rejeição implica que: as partes permaneçam adstritas ao programa obrigacional	Não há verdadeira declaração de aceitação/rejeição. O credor deve, contudo, exercer, num prazo razoável, se assim o entender, as pretensões previstas para o incumprimento.	O <i>right to terminate</i> deve ser exercido dentro de um prazo razoável. Esta regra é extensível às demais pretensões.
(IR)REVOGABILIDADE DA RECUSA	Irrevogabilidade.	Retráctável (art. 230.º, n.º 1 e 2, <i>ex vi</i> do art. 295.º), mas irrevogável. Notas dissonantes na doutrina, ao admitirem a revogação unilateral.	Distinção entre a <i>revocation</i> e a <i>withdrawal</i> (art. II.— 4:202, <i>ex vi</i> do art. II. — 4:301)
EFEITOS	Common law remedies: (i) <i>termination</i> ; (ii) <i>damages</i> ; (iii) <i>Action for an agreed sum</i> . Equity remedies: (i) <i>specific performance</i> ; (ii) <i>injunction</i> ; (iii) <i>resstitution</i> .	Resolução. Indemnização — problema da minimização de danos, em particular à luz do disposto no art. 570.º Execução específica — caso se admita a perda do benefício do prazo ou o incumprimento. Excepção de não cumprimento do contrato — ainda que o credor deva cumprir em primeiro lugar.	<i>Termination</i> . <i>Right to enforce performance</i> <i>Withhold performance</i> . <i>Damages</i> . <i>Right to reduce the price</i> .