

A PERDA DE INTERESSE DO CREDOR EM CONSEQUÊNCIA DA MORA DO DEVEDOR ¹

Henrique Sousa Antunes ²

1. Enquadramento

A satisfação do interesse do credor constitui um objetivo fundamental do direito das obrigações. Em vários momentos do regime, o intérprete descobre a previsão de soluções destinadas a induzir o devedor à realização da prestação, procurando, assim, servir as motivações, legais ou contratuais, que justificaram a constituição da obrigação. A prevalência do interesse do credor sobre a tutela do devedor manifesta-se em vários tempos da disciplina, destacando-se a sobriedade do momento formativo da obrigação e a funcionalização da utilidade do cumprimento e dos efeitos do inadimplemento ao interesse do credor ³. Em concreto, e paradigmaticamente: a validade da obrigação depende da existência daquele interesse e é subordinada, apenas, à licitude e relevância jurídica do fim (artigos 281.º, 398.º, n.º 2, e 443.º, n.º 1, do Código Civil ⁴); a obrigação extingue-se com a satisfação do interesse do credor, mesmo sem a colaboração do devedor ou com a realização de uma prestação diversa da inicialmente devida (artigos 767.º e 837.º); à falta de cumprimento da obrigação a lei associa uma presunção de culpa do devedor (artigo 799.º, n.º 1); a vinculação do exercício do direito de crédito à boa fé (artigo 762.º, n.º 2) é desacompanhada da previsão de um regime sancionatório único,

¹ Este texto serviu de base à nossa intervenção nas III Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil (Revisitando “Pessoa, Direito e Responsabilidade” (1996) de António Castanheira Neves), no dia 7 de novembro de 2019.

² Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa).

³ Veja-se, por todos, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Coimbra, 2009, págs. 109 e seguintes.

⁴ Adverte-se que pertencem ao Código Civil português os preceitos sem indicação de uma fonte diferente.

sendo as consequências da mora do credor inequivocamente mais brandas do que as implicações do não cumprimento do dever de prestar pelo devedor (artigos 798.º e segs.). Com este enquadramento, a perda do interesse como fundamento de extinção da relação obrigacional só tem sentido relativamente ao credor. Lembra-se que o interesse deste é a única utilidade a que a lei condiciona a validade da obrigação (artigo 398.º, n.º 2).

Neste contexto, sublinha-se que a cessação do vínculo prevalece sobre as vantagens da contraparte com a sua manutenção, mesmo na ausência de culpa do devedor. Eis o que se descobre quando o interesse do credor é satisfeito sem a intervenção do devedor⁵. Eis o que se descobre, também, nos regimes de impossibilidade temporária ou de impossibilidade parcial não imputáveis ao devedor (artigos 792, n.º 2, e 793.º, n.º 2).

Havendo culpa do devedor, a perturbação do interesse do credor serve de critério à faculdade de resolução na hipótese de impossibilidade parcial (artigo 802.º, n.º 2) e de transformação da mora em não cumprimento definitivo (artigo 808.º).

A perda do interesse do credor constitui uma fórmula que, a respeito do atraso imputável ao devedor, se descobre noutros ordenamentos civis: o § 326/2, do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB, versão anterior à reforma do direito alemão das obrigações, de 26 de novembro de 2001) prescrevia que, nos contratos sinalagmáticos, o credor beneficiaria das faculdades associadas ao não cumprimento definitivo se, em virtude da mora, perdesse o interesse na execução do contrato; segundo o artigo 108.º, n.º 2, do Código das Obrigações suíço, a fixação de um prazo suplementar é desnecessário se, em consequência da mora do devedor, a execução da prestação se tornou inútil para o credor; de acordo com o artigo 395.º, § único, do Código Civil brasileiro de 2002, «se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos»; nos termos do artigo 343.º, § 2.º, do Código Civil grego, tem o credor o direito de recusar a prestação se, em razão da mora, perdeu o interesse na realização da prestação.

Paradigmáticos de uma solução que converte o interesse do credor em limitação ao exercício do direito de resolução pela inexecução, em geral, da prestação são os artigos 6:265, alínea 1, do Código Civil holandês e 1455.º do Código Civil italiano. Estará a faculdade de resolução excluída se o incumprimento, em virtude da sua especial natureza ou menor relevância (lei holandesa), ou em razão da sua escassa importância,

⁵ Sobre o tema, veja-se Maria de Lurdes Pereira, *Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação*, Coimbra, 2001, págs. 47 e seguintes.

considerando os interesses da parte lesada (direito italiano), privar de justificação aquele remédio.

No artigo 808.º do Código Civil português, a perda do interesse do credor converte a mora em não cumprimento definitivo. Que significado tem, no entanto, a referência àquela perda *em consequência da mora*? Ordena-se a verificação de uma relação de causalidade adequada entre esses dois termos?

2. A orientação comum

Tradicionalmente, nos casos em que a essencialidade do tempo flui da natureza da prestação (entrega do vestido de noiva) ou da convenção das partes, a perda do interesse do credor encontra a sua causa (adequada) no não cumprimento pontual da obrigação. Ao tempo é, ainda, imputada a falta do interesse do credor se aquele constitui o fim da vinculação. Considerem-se, neste último sentido, os exemplos de Pires de Lima e Antunes Varela e de Galvão Telles. Nas palavras dos primeiros: «(...) poderá citar-se o caso de o credor do preço ter vendido um prédio, por necessidade urgente de dinheiro. O comprador constitui-se em mora e o vendedor consegue sanar, entretanto, as suas dificuldades financeiras. Deixando de ter interesse na venda, o vendedor poderá resolver o contrato, como se tivesse havido impossibilidade do cumprimento»⁶. Em texto do segundo: «Um industrial, que tem de se deslocar em determinado dia a um país estrangeiro a fim de fechar um contrato, freta um avião para essa data. Se a companhia aérea falta, a viagem materialmente poderia realizar-se em data posterior. Provando-se porém que, objetivamente, a viagem perdeu interesse porque entretanto o contrato foi fechado com outra entidade, não há apenas mora mas não cumprimento (definitivo)»⁷. Em qualquer dos casos referidos, existe um nexó de causalidade adequada entre a mora e a perda do interesse do credor, pois o atraso frustrou a pretensão do credor.

A exigência de uma relação de causalidade entre a mora e a perda do interesse do credor aflora nos trabalhos preparatórios de Vaz Serra: «Para que a falta de interesse do credor justifique o direito de recusar a prestação tardia e exigir indemnização por não-cumprimento, é preciso que aquela falta de interesse seja causada pela mora. Se é anterior

⁶ *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª edição, Coimbra, 1997, pág. 71.

⁷ *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Coimbra, 1997, págs. 311 e seguinte.

a esta, não tem relação com a mora, e o devedor não pode considerar-se responsável pela falta de interesse do credor»⁸.

A alusão a esse requisito está, com frequência, presente na doutrina⁹. Escreve, também, Nuno Pinto Oliveira, a respeito da inutilidade da prestação: «Os requisitos da convalidação da mora do devedor em mora qualificada pelo preenchimento dos requisitos do artigo 808.º do Código Civil resumem-se a dois: o primeiro consiste no desaparecimento do interesse do credor na prestação. O segundo, na relação de causalidade entre o desaparecimento do interesse do credor na prestação e o não cumprimento temporário imputável ao devedor»¹⁰. A menção à natureza consequencial da perda do interesse do credor leva a revelar um nexo de causalidade que, porventura, excede a mera condicionalidade. Nas palavras de Pinto de Oliveira: «Coordenando os dois requisitos, concluir-se-á que o art. 808.º do Código Civil deve aplicar-se aos casos em que o credor não possa realizar os fins da prestação, por causa do não cumprimento temporário ou transitório imputável ao devedor: assim, p. ex., o comerciante de vestuário que adquire uma coleção de roupas de primavera/verão ou de outono/inverno, fica sem interesse na prestação, desde que o vendedor não lhas entrega a tempo de serem revendidas na sua estação»¹¹. É, ainda, a orientação da jurisprudência¹².

3. As lições do direito comparado

Constituiria um subsídio importante para a exigência de um nexo de causalidade adequada na lei portuguesa a preferência de direito comparado pela definição de um regime único de resolução vincadamente marcado pela previsibilidade da lesão associada ao inadimplemento. Em jeito de introdução, nota-se que no sentido de um regime geral de não cumprimento evoluiu o direito alemão com a reforma de 2001, reunindo as várias hipóteses de perturbação das prestações na categoria ampla da violação de deveres¹³. O

⁸ *Mora do devedor*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 48, maio de 1955, pág. 243.

⁹ Veja-se, recentemente, Ana Perestrelo de Oliveira/Madalena Perestrelo de Oliveira, *Incumprimento Resolutório: uma Introdução*, Coimbra, 2019, pág. 54.

¹⁰ *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, 2011, pág. 862.

¹¹ *Princípios de Direito dos Contratos*, cit., pág. 863.

¹² Paradigmático é o que se escreve no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21-05-2013 (Relator: Jorge Arcanjo): «(...) para a resolução de um contrato com fundamento na perda de interesse do credor (art. 808.º n.º 2 CC) só releva a perda que seja “consequência da mora” numa relação de causalidade adequada entre o desaparecimento do interesse do credor na prestação e a mora (...)».

¹³ Veja-se António Menezes Cordeiro, *Da Modernização do Direito Civil, I (Aspetos Gerais)*, Coimbra, 2004, págs. 103 e seguinte.

direito de resolução fundado na perda de interesse do credor em consequência da mora do devedor (§ 326/2) foi diluído nos termos gerais do § 323 do BGB revisto. De acordo com este preceito, o direito de resolução refere-se às diversas situações de incumprimento de um contrato sinalagmático, estando o credor desonerado da fixação de um prazo razoável (*Nachfrist*) nas hipóteses previstas no n.º 2 da norma, designadamente se o interesse do credor na realização da prestação está, segundo o contrato, condicionado ao cumprimento pontual do prazo naquele definido (alínea 2), ou se, avaliando os interesses de ambas as partes, existirem circunstâncias especiais que justifiquem a resolução imediata (alínea 3).

Em geral, o ensinamento do direito comparado acompanharia a exigência de um nexo de causalidade adequada. A conclusão está profundamente enraizada no direito anglo-saxónico e na influência que este veio a desempenhar nas codificações internacionais em matéria contratual. Prevalece o conceito de não cumprimento essencial, de aplicação subordinada a indícios, reconhecendo, na origem, amplo espaço ao preenchimento jurisprudencial: «*It is submitted that the courts, in applying the general requirement of substantial failure, generally classify a failure in performance with an eye on the consequences. On the one hand, they consider whether termination (as opposed to damages) is necessary to protect the injured party and, on the other hand, they take into account the prejudice which termination will cause to the other party*»¹⁴.

A orientação do não cumprimento essencial, que, no direito anglo-saxónico, respeita, apenas, às situações de inadimplemento culposo, restando a doutrina da *frustration* para o não cumprimento não imputável ao devedor, converteu-se num princípio geral de resolução pelo não cumprimento, culposo ou não culposo, na Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980, CISG – *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), nos Princípios UNIDROIT sobre os Contratos Comerciais Internacionais (a última versão é de 2016), nos PECL (*Principles of European Contract Law*), no Projeto de Quadro Comum de Referência (DCFR - *Draft Common Frame of Reference*) e na Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um Direito Europeu Comum da Compra e Venda (CESL – *Common European Sales Law*¹⁵).

¹⁴ Treitel, *The Law of Contract*, 13th edition (Edwin Peel), London, 2011, pág. 866.

¹⁵ COM (2011) 635 final.

Nos termos da CISG, a faculdade de resolução pode ser exercida se, em alternativa à recusa de cumprimento em declaração antecipada do vendedor ou decorrido o prazo suplementar concedido pelo comprador, houver um não cumprimento essencial do contrato (artigo 49.º, n.º 1). Entende-se por não cumprimento essencial «uma violação ao contrato cometida por uma das partes (...) quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não o tivesse igualmente previsto» (artigo 25.º) ¹⁶.

Nos Princípios UNIDROIT dispõe sobre o direito à resolução o artigo 7.3.1.: «1. Uma parte pode resolver o contrato se o incumprimento pela outra parte de uma obrigação contratual for havido como incumprimento essencial; 2. Para determinar se o incumprimento de uma obrigação equivale a incumprimento essencial, tomam-se nomeadamente em consideração as circunstâncias seguintes: a) o incumprimento priva o credor, em termos substanciais, do que podia legitimamente esperar obter do contrato, salvo se o devedor não previu ou não podia razoavelmente prever esse resultado; b) o cumprimento estrito da obrigação era essencial ao contrato; c) o incumprimento é intencional ou imprudente; d) o incumprimento cria no credor a convicção de que não poderá contar com o cumprimento futuro pela outra parte; e) o devedor sofreria, em caso de resolução, um prejuízo excessivo resultante da preparação ou do cumprimento do contrato; 3. O credor pode igualmente resolver o contrato se, havendo mora do devedor, este não cumprir no prazo a que se refere o artigo 7.1.5.» ¹⁷.

Segundo o artigo 9:301 (1) dos PECL, o incumprimento essencial de uma parte habilita a outra parte à resolução do contrato. O artigo 8:103 daquele texto define incumprimento essencial do modo seguinte: «O incumprimento de uma obrigação é essencial para o contrato se: a) o cumprimento estrito da obrigação é da essência do contrato; ou b) o incumprimento priva, em termos substanciais, a parte lesada daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a outra parte não previu, nem poderia ter razoavelmente

¹⁶ Acompanha-se a versão em português apresentada por Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, vol. II (*Obrigações*), Coimbra, 2017, pág. 657. Encontra-se uma tradução portuguesa da Convenção de Viena em Maria Ângela Bento Soares/Rui Moura Ramos, *Contratos internacionais. Compra e venda. Cláusulas penais. Arbitragem*, Coimbra, 1986, págs. 443 e seguintes.

¹⁷ Considerando que o preceito não sofreu alterações, cita-se a tradução, mais feliz, da versão inicial (1994), publicada pelo Ministério da Justiça.

previsto, esse resultado; ou c) o incumprimento é doloso e dá ao credor motivos para considerar que o devedor faltará ao cumprimento da sua obrigação»¹⁸.

De acordo com o artigo III-3:502 do DCFR, «o credor pode resolver o contrato se o incumprimento da obrigação é essencial» (1), adquirindo o inadimplemento essa qualidade «se priva, em termos substanciais, o credor daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, considerando o cumprimento integral da obrigação ou de uma parte relevante daquela, salvo se, ao tempo da conclusão do contrato, o devedor não previu, nem seria razoável que tivesse previsto, esse resultado» [(2) a)] ou «se é doloso ou negligente e dá ao credor motivos para considerar que o devedor faltará ao cumprimento da sua obrigação [(2) b)]¹⁹.

O artigo 114.º, n.º 1, do CESL permite ao comprador resolver o contrato se o incumprimento do vendedor corresponder a um incumprimento fundamental na aceção do artigo 87.º, n.º 2, do mesmo diploma. Dispõe este preceito: «O incumprimento de uma obrigação por uma parte é considerado fundamental: a) se privar de forma substancial a outra parte do que tinha direito a esperar ao abrigo do contrato, salvo se, no momento da celebração do contrato, a parte em falta não previsse nem pudesse prever esse resultado; ou b) se resultar evidente que não se pode confiar no futuro cumprimento da parte em falta».

Da análise de direito comparado é possível extrair que a verificação de um incumprimento essencial exige a privação substancial das utilidades da prestação que ao credor era legítimo esperar e a previsibilidade da lesão. Estamos no contexto da *finalidade da obrigação*. Esta é, enfim, determinada, desde logo, pela legítima expectativa do credor nos termos da obrigação: «(...) *the definition of fundamental non-performance uses the criterion that determines the content of the obligation. This definition means that non-performance is fundamental if – from the perspective of the person entitled to the performance – the debtor's behaviour differs substantially from the content of the obligation*»²⁰. O conceito de incumprimento essencial permite, ainda, esclarecer que o inadimplemento toma como referência o conceito de relação obrigacional complexa.

¹⁸ Ole Lando/Hugh Beale (editors), *Principles of European Contract Law*, The Hague/London/Boston, 2000, pág. 364. A tradução é nossa.

¹⁹ Em Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke (editors), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich, 2009, pág. 244. A tradução é nossa.

²⁰ Fryderyk Zoll, *Comment to Article 87*, in Reiner Schulze (editor), «Common European Sales Law (CESL) – Commentary» Baden-Baden/München/Portland, 2012, pág. 406.

Encontraremos aqui as bases para a exigência de um nexo de causalidade adequada entre a mora e a perda de interesse do credor, assim interpretando o artigo 808.º do Código Civil português? Não nos parece.

4. A resolução: uma leitura diversa no direito português

4.1. A superação da causalidade adequada pela exigência de uma mera relação de condicionalidade?

Em nota introdutória acerca do direito português, afigura-se necessário esclarecer que a causalidade adequada se apresenta indissociável do fim de proteção do contrato. A adequação é moldada pelos interesses salvaguardados no exercício da autonomia privada, como a imputação da previsibilidade do dano ao tempo da conclusão do acordo em alguns dos instrumentos de direito comparado citados denuncia ²¹. Nas palavras de Nuno Pinto Oliveira: «O aplicador do direito deverá apreciar a causalidade do facto/do processo factual, perguntando-se por três coisas: em primeiro lugar, pela condicionalidade do facto/do processo factual; em segundo lugar, pela adequação do facto/do processo factual e, em terceiro lugar, pelo fim de proteção do contrato» ²². Trata-se de uma aplicação do critério do fim de proteção da norma ao domínio contratual, com os efeitos que daqueles são próprios.

Em sentido favorável ao acolhimento de uma relação de mera condicionalidade na aplicação do artigo 808.º são, desde logo, relevantes os ensinamentos de Baptista Machado. O Autor convoca a distinção que se descobre na lei sobre o âmbito da perda do interesse do credor nos diversos regimes que o pressupõem ²³.

²¹ Escreve-se a respeito do artigo 87.º, n.º 2, alínea a), do CESL: «*The requirement of knowledge of the expectations of the debtor reflects the principle of private autonomy: the party should have the possibility to decide whether to enter into the contractual relationship if the other party has special expectations which the debtor should fulfill. The relevant moment of the knowledge should lie at this point in which the party has still the opportunity to decide whether to enter the contract*» (Fryderyk Zoll, *Comment to Article 87*, cit., pág. 407).

²² *Princípios de Direito dos Contratos*, cit., pág. 660.

²³ *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, in «João Baptista Machado. Obra Dispersa», vol. I, Braga, 1991, págs. 145 e seguintes.

Se na disciplina da impossibilidade temporária não imputável ao devedor (artigo 792.º, n.º 2), a averiguação do desaparecimento da necessidade ou utilidade da prestação toma como referência a finalidade da obrigação, determinada pela convenção das partes ou definida pelas conceções da vida, outra parece ser a abordagem do regime relativo à impossibilidade parcial não imputável ao devedor. Segundo o artigo 793.º, n.º 2, «(...) o credor que não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação pode resolver o negócio». Neste último preceito, afiguram-se compreendidos os casos em que o fim pretendido pelo credor não integrou o conteúdo do contrato, aparecendo, antes, como fim-motivo. Este será irrelevante para a validade do negócio, mas, nos termos indicados, atendível a respeito da execução da obrigação²⁴.

O mesmo se crê suceder no artigo 802.º da lei civil [«Também neste caso, ao facultar a resolução ao credor, a lei visa tutelar interesses do credor que não entraram a fazer parte do conteúdo do contrato: o credor pode rejeitar a prestação parcial que já não satisfaz um interesse (uma finalidade de uso ou de troca) que o levou a contratar, muito embora um tal interesse não esteja coberto pelo conteúdo da obrigação»²⁵].

Segundo Baptista Machado, o artigo 808.º, n.º 1, 1.ª parte, segue a disciplina traçada pelos artigos 793.º, n.º 2, e 802.º do mesmo diploma. A perda do interesse do credor que respeita à finalidade da obrigação configura uma impossibilidade culposa (artigo 801.º). Se a perda estiver associada a um fim-motivo, tem lugar a aplicação do artigo 808.º²⁶.

Detalhemos estas reflexões. A impossibilidade culposa toma por referência a impossibilidade da prestação por causa imputável ao devedor (artigo 801.º, n.º 1). Se o objeto que foi vendido é infungível e pereceu num incêndio ditado pela negligência do devedor há impossibilidade do cumprimento. Esta tem, no entanto, um alcance maior: subsistindo o objeto da prestação, há, ainda, impossibilidade quando a finalidade da obrigação se tornou inexecutável. Trata-se de um fim a que a realização da prestação está subordinada, vinculando o devedor a dois níveis de possibilidade: a prestação e o resultado da prestação. Faltando um deles, com culpa do devedor, verifica-se uma situação de impossibilidade culposa.

São particularmente elucidativas as observações de Baptista Machado: «Nestes casos (vinculação da prestação a um fim) o devedor da prestação principal típica não se vincula

²⁴ João Baptista Machado, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., págs. 147 e seguintes.

²⁵ João Baptista Machado, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., pág. 150.

²⁶ *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., págs. 159 e seguintes.

simplesmente à prestação, mas à prestação enquanto meio de implementar um certo programa negocial através do qual o credor visa realizar certo objetivo: vincula-se a uma prestação integrada em certo projeto, e não a uma vinculação neutra. Dir-se-á, nestes casos, que a prestação é vinculada a um fim e que o devedor de algum modo como que se associou ao projeto ou *venture* do credor – embora não tenha emparceirado com ele numa *joint venture*. (...) Tendo contratado em termos de se obrigar a uma prestação vinculada a um fim, obrigou-se a uma prestação que se torna sensível a esse mesmo fim e que por isso se tornará impossível se o programa em que essa prestação se integra se torna irrealizável – muito embora a mesma prestação, como mera atividade neutra, seja possível»²⁷.

A este respeito, distingue o Autor entre contratos neutros (como a compra e venda) e os contratos vinculados a um certo fim, pela sua natureza ou segundo os usos correntes do tráfico (assim, o arrendamento de prédios urbanos ou o contrato de sociedade). Os últimos exemplificam a impossibilidade do cumprimento por inviabilidade do fim. Observe-se, contudo, que a finalidade da obrigação pode vincular o devedor num contrato neutral em virtude de um entendimento das partes²⁸.

Na orientação que se descreve, a finalidade da obrigação é um critério de aplicação do artigo 801.º, n.º 1, a ele sendo alheia a competência do artigo 808.º. São, ainda, palavras de Baptista Machado: «(...) se não é a casos deste tipo que a mencionada primeira parte do n.º 1 do art. 808.º se refere, então só pode referir-se aos casos em que o interesse do credor que desapareceu durante a mora se liga a uma finalidade (de uso ou de troca) que não entrou a fazer parte do conteúdo do negócio (nem, evidentemente, deu origem a um termo essencial, absoluto ou relativo)»²⁹. Estamos perante factos que o devedor desconhece, pois de outra forma, sendo justificados, entrariam na finalidade da obrigação: «A disposição do n.º 2 do art. 808.º, ao estabelecer que “a perda do interesse na prestação é apreciada objetivamente” tem um significado semelhante à do n.º 2 do art. 793.º e é de interpretar no sentido atrás mencionado. Se ela até certo ponto permite subtrair o devedor ao capricho do credor no que respeita à alegação da perda do interesse na prestação, não permite proteger o mesmo devedor que, desconhecendo (sem culpa) tal circunstância, e achando-se vinculado à prestação, continua porventura a planear e a preparar o

²⁷ *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., pág. 153.

²⁸ *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., págs. 154 e seguinte.

²⁹ *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., pág. 160.

cumprimento. Donde o ter de concluir-se que o credor deve avisar imediatamente o devedor de que perdeu o interesse que tinha na prestação em consequência da mora – se tal for o caso»³⁰.

Com Baptista Machado, parece-nos que no artigo 808.º é atribuída relevância ao fim-motivo da obrigação, ao objetivo que não chega a integrar o conteúdo da obrigação³¹. O artigo 808.º, n.º 1, 1.ª parte, tem a mesma matriz dos artigos 793.º, n.º 2, e 802.º. Acompanhando, de novo, o Autor: «(...) exoneram o credor do risco de uso ou do risco de aplicação, não obstante ele se não ter posto a coberto de tal risco ao celebrar o contrato. Tal risco recairia sobre o credor, sim, se o programa negocial tivesse sido cumprido. Como tal programa foi perturbado, já não há razão para que esse risco impenda sobre ele»³².

Constituindo o fim-motivo o objeto da apreciação do interesse do credor no artigo 808.º, argumenta, ainda, em favor da dispensabilidade de um nexos de causalidade adequada a opção tomada pelo legislador no artigo 807.º: em razão da mora, o devedor torna-se responsável pela perda ou deterioração sem culpa do objeto da sua prestação, excluindo a sua responsabilidade a demonstração de «que o credor teria sofrido igualmente os danos se a obrigação tivesse sido cumprida em tempo».

O artigo 807.º tem como finalidade resguardar o credor da extinção da obrigação devida a uma impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor. Ou seja, a salvaguarda do interesse do credor serve de fundamento do regime. Como escrevem Pires de Lima e Antunes Varela: «Era exatamente para significar que, com a mora do devedor, o credor ficava assegurado contra o risco de extinção da obrigação por caso fortuito que, nas fontes romanas, se dizia que *mora debitoris obligatio perpetua fit*, ou seja, que a mora determina, em certo sentido, a *perpetuatio obligationis*. O facto do perecimento da coisa por caso fortuito deveria, normalmente, extinguir a obrigação; mas não a extingue por virtude da mora»³³.

No artigo 807.º, a causalidade é aferida segundo a doutrina da equivalência das condições em detrimento da doutrina da causalidade adequada. Como refere Ribeiro de Faria, «a opinião dominante no direito alemão é a de que qualquer conexão causal, mesmo que não

³⁰ *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., pág. 162.

³¹ Considerando que «a perda do interesse pelo credor não depende de o devedor ter conhecimento do teor e conteúdo desse mesmo interesse», veja-se Catarina Monteiro Pires, *Contratos, I (Perturbações na Execução)*, Coimbra, 2019, págs. 64 e seg., 73 e 86 e seguinte.

³² *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., pág. 151.

³³ *Código Civil Anotado*, vol. II, cit., pág. 70.

adequada, é bastante, “respondendo, por exemplo, o devedor se a coisa tardiamente enviada é destruída num acidente, ainda que o risco deste dano não tenha sido aumentado grandemente pela mora”. Quer dizer, não é tanto porque se entende que o não envio da mercadoria no tempo certo tenha causado o dano ou o perecimento (ou, tanto monta, o envio atrasado), mas porque se presume, sobretudo ou somente, que, se o envio tivesse sido feito a tempo e horas, o acidente, que deteriora ou inutiliza a prestação, se não teria verificado»³⁴.

Ou, nas palavras de Mafalda Miranda Barbosa: «Se raciocinarmos com base na formulação positiva da (...) teoria (da causalidade adequada), sempre se dirá que a manutenção da coisa na detenção do devedor não é, em geral e abstrato, condição idónea à produção do dano (não é normal e adequado, segundo um juízo de prognose póstuma que não tenha em conta as circunstâncias do caso concreto, que de tal facto resulte um dano do tipo do perecimento do bem). Encimado pela epígrafe “risco”, o artigo 807.º CC parece, de facto, vir alterar o regime de repartição daquele risco entre os contraentes, o que a ser aproveitável em sede causal ditará um outro entendimento acerca do requisito, outro entendimento esse que nos remete exatamente para uma ideia de imputação a partir da edificação de uma esfera de responsabilidade a ser cotejada com outras esferas de responsabilidade»³⁵.

Sabendo que o risco de perda ou deterioração de uma coisa constitui, tão-só, uma expressão do risco de inutilidade da prestação, afigura-se necessário reconhecer a existência de uma identidade de fins entre o regime do artigo 807.º e a disciplina do artigo 808.º: a proteção do credor contra o risco associado a uma alteração de circunstâncias, havendo mora do devedor. Enfim, se a lei estabelece que a impossibilidade fortuita da prestação verificada em mora do devedor constitui sempre uma impossibilidade culposa, que razão haveria para interpretar diversamente a perda do interesse do credor como fundamento do não cumprimento definitivo da obrigação?

A utilização da equivalência dos regimes apreciados como um argumento favorável à mera condicionalidade encontra, porém, um limite natural na circunstância de o artigo 807.º exigir a previsibilidade do dano, considerando que o seu âmbito de aplicação é

³⁴ *Direito das Obrigações*, vol. II, Coimbra, 1990, pág. 454. Acolhe a citação, entre outras, à reflexão de Vaz Serra, *Mora do devedor*, cit., pág. 239 (nota 497 da página anterior). Neste sentido, vejam-se, ainda, Maria da Graça Trigo/Mariana Nunes Martins, *Comentário ao artigo 807.º*, in «Comentário ao Código Civil (Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral)», Lisboa, 2018, págs. 1139 e seg., e Catarina Monteiro Pires, *Contratos, I (Perturbações na Execução)*, cit., pág. 157.

³⁵ *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, 2017, pág. 417, nota 904 da página anterior.

delimitado pela perda ou deterioração do objeto devido. Trata-se de bens protegidos pelo conteúdo da obrigação. No artigo 808.º, contudo, a dispensa de umnexo de causalidade adequada não seria balizada pela previsibilidade dos danos. Ou seja, a imputação do juízo de responsabilidade serviria a tutela de interesses que excederiam a esfera da relação obrigacional.

Ora, o direito comparado ensina-nos que a previsibilidade do dano ao tempo da constituição da obrigação constitui uma condição da responsabilidade, exceto se o incumprimento da obrigação foi devido a dolo ou a negligência grave do lesado [assim, por exemplo, os PECL (artigo 9:503), o DCFR (artigo III - 3:703) ou o CESL (artigo 161.º)]³⁶.

Esta análise impõe que se restrinja o alcance da condicionalidade à faculdade de resolver o contrato. Verifica-se uma situação que justifica a exoneração da vinculação do credor à obrigação. A ausência da previsibilidade do dano exclui a faculdade de o beneficiário da prestação exigir ao devedor uma indemnização pelos danos sofridos, restringindo-se, assim, o alcance da remissão da parte final do n.º 1 do artigo 808.º para os efeitos do incumprimento definitivo da obrigação.

Ou seja, porque a remissão do artigo 808.º para a responsabilidade do devedor é uma consequência do preenchimento dos elementos da previsão da norma, submete-se à revisão que o âmbito de aplicação do preceito justifique. Se a mera condicionalidade é suficiente para a verificação de uma perda relevante do interesse do credor, a imprevisibilidade dos danos priva de fundamento a responsabilidade do devedor.

Com base neste entendimento, circunscreve-se a responsabilidade debitória às hipóteses de conversão da mora em não cumprimento definitivo pela fixação de um prazo adicional para o cumprimento da prestação e, em situações de perda de interesse do credor sem causa adequada na mora do devedor, aos prejuízos causados com dolo ou culpa grave.

A conclusão a que se chega procura dotar o regime da resolução da flexibilidade que ele conhece, em geral, nos sistemas de direito comparado. O enquadramento da perda do interesse do credor entre os pressupostos da resolução e a autonomização do regime da

³⁶ Veja-se Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, vol. II (*Obrigações*), cit., págs. 651 e seguinte. Na exemplificação inclui-se o importante exemplo do direito alemão: «*In cases of intentional non-performance, all regimes seem to agree that neither foreseeability nor minimum probability of losses are required to hold the non-performing party liable. This rule has been explicitly implemented in the PECL/DCFR. In Germany, case law and theory (albeit not uncontestedly) have decided similarly (...)*» [T. W. Dornis, *Particular Remedies for Non-Performance*, in «*European Contract Law and German Law*» (edited by Stefan Leible/Matthias Lehmann), The Netherlands, 2014, pág. 538].

indenização pelo incumprimento da obrigação denunciam o nexos lógico entre a inutilidade da prestação para o credor e a sua desoneração³⁷.

Afigura-se, pois, que a implicação da responsabilidade do devedor (artigo 798.º) pela estatuição do artigo 808.º obscurece a relação genética que a perda de interesse do credor estabelece com a desvinculação da obrigação pela resolução do contrato (artigo 801.º, n.º 2). É este o efeito natural que se descobre nos artigos 793.º, n.º 2, e 802.º, n.º 2, onde à afetação do interesse se associa a extinção do vínculo. A indenização constitui, tão-só, um efeito que a resolução não prejudica (artigos 802.º, n.º 2, e 808.º).

De modo exemplar, nos sistemas de direito comparado que vimos acompanhando, a perda de interesse do credor aparece tratada de forma unificada, chamando à faculdade de resolução as situações, culposas ou não culposas, de incumprimento e a indenização é resguardada: «A resolução do contrato libera as partes das suas obrigações; ela não afeta, porém, o direito à indenização dos danos sofridos por qualquer das partes nem as estipulações relativas à resolução de litígios ou quaisquer outras que devam manter-se eficazes em caso de resolução (v.g. o dever de segredo quanto a informações obtidas ao abrigo do contrato). É a chamada *cumulation of remedies*, que os artigos 45(2) da Convenção de Viena, 7.3.5(2) dos Princípios UNIDROIT, 8:102 dos Princípios Europeus e III-3:102 do DCFR expressamente consignam»³⁸.

É paradigmático do que se escreve o direito alemão vigente. Neste ordenamento, a reforma de 2002 consagrou um regime unitário de resolução por incumprimento do contrato, exigindo, por defeito, a concessão prévia de um prazo razoável ao devedor para a realização da prestação (§323 do BGB). O § 323, n.º 2, alínea 3, do BGB, estabelece, no entanto, que o exercício da faculdade de resolução dispensa a fixação daquele prazo se, ponderando os interesses de ambas as partes, existirem circunstâncias especiais que justifiquem a resolução imediata do contrato. Constitui, entretanto, uma disciplina autónoma a indenização pelo não cumprimento da obrigação (§§ 280 e seguintes do BGB).

O direito alemão não impede a atuação da faculdade de resolução se o devedor não previu nem poderia razoavelmente prever as consequências do seu incumprimento³⁹. O regime

³⁷ Neste sentido, a CISG (artigos 25.º, 49.º, n.º 1, e 74.º e seguintes), os Princípios UNIDROIT (artigos 7.3.1. e 7.4.1 e seguintes), PECLS (artigos 8:103, 9:301 e 9:501 e seguintes), o DCFR (artigos III-3:502 e III-3:701 e seguintes) e o CESL (artigos 87.º, n.º 2, 114.º e 159.º e seguintes).

³⁸ Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, vol. II (*Obrigações*), cit., pág. 659.

³⁹ B. Gsell, *Non-performance and Remedies in General*, in «European Contract Law and German Law», cit., pág. 399.

afigura-se, pois, bastante mais generoso para o credor do que os termos em que a resolução foi reconhecida nos instrumentos de direito comparado há pouco citados: «*Comparing the thresholds for termination under German and European law with those under the PECL/DCFR illustrates that the BGB contains hardly any restrictions on whether non-conformity could be deemed an instance of non-performance and ground for contract termination. Moreover, the threshold for significance (or reasonability) is practically almost non-existent. Quite differently, the PECL and the DCFR have established an eye-of-the-needle criterion of fundamentality that will not be overcome by many cases of non-conformity in practice*»⁴⁰. No direito alemão, a mera condicionalidade é, assim, suficiente para a resolução.

Diversamente sucede em relação à indemnização. O apuramento de um nexo de causalidade adequado entre o incumprimento e os danos constitui uma condição da responsabilidade, também no direito alemão: «*(...) German doctrine uses a specific paradigm of probability to restrict pure causation and its relevance for liability. The so-called theory of adequate causation requires that the causal event was generally – not just under uniquely special, unlikely, or unexpected circumstances-suited to cause the loss at issue (...). With regard to the perspective that should be adopted in order to evaluate probability, the “optimal observer” in the position of the acting (or non-acting) party causing the damage is to set the standard*»⁴¹.

4.2. A superação da relação de condicionalidade pela inexigibilidade?

Sejamos, porém, mais ousados. Acerca da extinção do vínculo obrigacional, a letra do § 323, n.º 2, alínea 3, do BGB parece até legitimar a resolução com fundamento em inexigibilidade, dispensando, pois, um nexo de condicionalidade. É, aliás, a solução que resulta, de forma inequívoca, do § 324 do BGB, norma que admite a resolução do contrato sempre que a inobservância de deveres acessórios de conduta (§ 241, n.º 2, do BGB) torne inexigível a manutenção da relação contratual. O § 323, n.º 2, alínea 3, do BGB, lembre-se, toma por referência a existência de circunstâncias especiais que justifiquem a resolução imediata do contrato. Essas circunstâncias podem verificar-se se a prestação já

⁴⁰ T. W. Dornis, *Particular Remedies for Non-Performance*, cit., pág. 487.

⁴¹ T. W. Dornis, *Particular Remedies for Non-Performance*, cit., pág. 538.

não pode ser utilizada para os fins pretendidos pelo credor ou da maneira por este desejada ao tempo da conclusão do contrato ⁴².

Na lição para o direito português, sirva de ilustração um exemplo de Baptista Machado, sobre a impossibilidade parcial: «(...) A, figurando como promitente-comprador, (faz) um contrato-promessa de compra de uma quinta em que pretende construir um complexo industrial. Se, por virtude de posterior achado arqueológico, ou de subsequente plano de urbanização, é interdita a construção sobre parte importante dessa quinta, A poderá resolver o contrato com fundamento em que a parte restante do terreno não serve já para a finalidade que ele tinha em vista e terá, portanto, que instalar a sua unidade industrial noutra terreno (assim alijando de si o “risco de utilização” da prestação parcial)» ⁴³. Não se apura qualquer relação de condicionalidade entre o incumprimento e a inutilização da prestação e, no entanto, a culpa do devedor deve onerá-lo com o risco da utilização.

A inexigibilidade de manutenção do vínculo obrigacional parece descobrir os seus fundamentos na prevalência do interesse do credor sobre o interesse do devedor e na existência prévia de um incumprimento da obrigação. A seriedade das consequências e a gravidade da conduta do devedor constituem, eventualmente, pressupostos cumulativos de aplicação daquele instrumento. Trata-se da figura da justa causa, que encontra um espaço natural nos contratos de execução duradoura. A solução afigura-se, no entanto, de aplicação geral, autonomizando-se das relações duradouras.

No sistema jurídico português, encontramos expressões normativas da justa causa de resolução em regimes de contratos duradouros. Exemplifica-se: segundo o artigo 1083.º, n.º 2, do Código Civil, «é fundamento da resolução o incumprimento que, pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento (...); do mesmo modo, o artigo 351.º, n.º 1, do Código do Trabalho estabelece que «constitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho»; enfim, nos termos do artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, o contrato de agência pode ser resolvido «a) se a outra parte faltar ao cumprimento das suas obrigações, quando, pela sua gravidade ou reiteração, não seja exigível a subsistência do vínculo contratual; b) se ocorrerem circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, em termos de não

⁴² Veja-se Hein Kötz, *Vertragsrecht*, 2. Auflage, Tübingen, 2012, §§ 939-940, pág. 391.

⁴³ *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., pág. 149.

ser exigível que o contrato se mantenha até expirar o prazo convencionado ou imposto em caso de denúncia».

O tempo de vigência das relações contratuais duradouras confere, certamente, relevância acrescida ao princípio da boa fé e à relação de confiança emergente do vínculo obrigacional. Estas especificidades são esgrimidas como argumentos para a introdução da justa causa como um princípio geral aplicável à cessação dos contratos duradouros, solução que, em razão da natureza diversa dos contratos instantâneos, a estes não se aplicaria ⁴⁴.

Afigura-se, no entanto, que é infundada a bondade dessa restrição aos contratos duradouros. A existência de um não cumprimento censurável do devedor constitui um elemento relevante na apreciação da legitimidade de o devedor pretender a manutenção do vínculo obrigacional. Considere-se, por exemplo, que, segundo o artigo 7.3.1., n.ºs 1 e 2, alínea c), dos Princípios UNIDROIT, a existência de um incumprimento intencional ou imprudente é uma circunstância atendível na determinação do direito à resolução. Lê-se no comentário que acompanha o preceito, esclarecendo a repercussão do grau de culpa sobre a essencialidade do incumprimento: «A resolução pode, no entanto, ser contrária à boa fé (...) se o incumprimento, embora intencional, for insignificante» ⁴⁵.

Descobre-se uma expressão clara da equiparação dos contratos instantâneos aos contratos duradouros para efeitos de aplicação da justa causa em texto de Nuno Pinto Oliveira, citando, no sentido que defende, uma passagem de Baptista Machado funcionalizada aos contratos duradouros: «Os artigos sobre a resolução por inexigibilidade da subsistência da relação contratual devem interpretar-se como afloramento de um princípio geral ajustado a todas as relações contratuais. O credor deverá dispor de um direito potestativo de resolução do contrato bilateral sinalagmático sempre que se dê “qualquer circunstância, facto ou situação em face da qual, e segundo a boa fé, não seja exigível a uma das partes a continuação da relação contratual” – e, em particular, sempre que se dê “(qualquer) facto capaz de fazer perigar o fim do contrato ou de dificultar a obtenção desse fim”» ⁴⁶.

⁴⁴ Neste sentido, Joana Farrajota, *A Resolução do Contrato sem Fundamento*, Coimbra, 2015, págs. 322 e segs., em especial, págs. 357 e seguintes.

⁴⁵ Considerando que o preceito não sofreu alterações, utiliza-se a versão inicial (1994), publicada pelo Ministério da Justiça (pág. 214).

⁴⁶ *Princípios de Direito dos Contratos*, cit., pág. 870.

O sistema revelar-se-ia coerente, considerando o paradigma do vínculo obrigacional, motivado pela satisfação do interesse do credor. Assim: a extinção do vínculo obrigacional antes de um incumprimento do devedor exigiria o preenchimento dos requisitos do artigo 437.º. Entrando o devedor em mora, ao credor é facultada a resolução se perder, objetivamente, o interesse na prestação (artigo 808.º). Em última instância, pretender a subsistência da relação contratual configuraria um abuso do direito do devedor.

Acrescenta-se que se os regimes da alteração das circunstâncias ou do abuso do direito permitem ao devedor beneficiar da extinção do vínculo por inexigibilidade sem que ao credor seja imputável um juízo de censura, a inutilidade da prestação antecedida de um incumprimento culposos da obrigação justifica a resolução do contrato por inexigibilidade da manutenção do vínculo para o credor, cabendo ao devedor o risco da frustração das utilidades da prestação. Da causalidade adequada corrigida pelo fim de proteção da norma estará apenas dependente a responsabilidade do devedor pelos danos causados.

5. Conclusões

Apresentam-se, em síntese, as principais conclusões desta reflexão:

1. Prevalece na doutrina e na jurisprudência portuguesas a exigência de uma relação de causalidade adequada entre a mora do devedor e a perda do interesse do credor para que este seja legitimado à resolução do contrato;
2. Afigura-se que a preferência de direito comparado pela definição de um regime único de resolução vincadamente marcado pela previsibilidade da lesão associada ao inadimplemento subsidia aquele juízo;
3. Com Baptista Machado, parece-nos, no entanto, que no artigo 808.º é atribuída relevância ao fim-motivo da obrigação, ao objetivo que não chega a integrar o conteúdo da obrigação;
4. Constituindo o fim-motivo o objeto da apreciação do interesse do credor no artigo 808.º, argumenta, ainda, em favor da dispensabilidade de um nexo de causalidade adequada a opção tomada pelo legislador no artigo antecedente (risco de perda ou deterioração do objeto da prestação);
5. A utilização da equivalência desses regimes como um argumento favorável à mera condicionalidade encontra, é certo, um limite natural na circunstância de o artigo

807.º exigir a previsibilidade do dano, considerando que o seu âmbito de aplicação é delimitado pela perda ou deterioração do objeto devido. Trata-se de bens protegidos pelo conteúdo da obrigação;

6. Entretanto, o direito comparado ensina-nos que a previsibilidade do dano ao tempo da constituição da obrigação constitui uma condição da responsabilidade, exceto se o incumprimento da obrigação foi devido a dolo ou a negligência grave do lesado;
7. Esta análise impõe que se restrinja o alcance da condicionalidade à faculdade de resolver o contrato. Verifica-se uma situação que justifica a exoneração da vinculação do credor à obrigação. A ausência da previsibilidade do dano exclui a faculdade de o beneficiário da prestação exigir ao devedor uma indemnização pelos danos sofridos, restringindo-se, assim, o alcance da remissão da parte final do n.º 1 do artigo 808.º para os efeitos do incumprimento definitivo da obrigação;
8. A conclusão a que se chega procura dotar o regime da resolução da flexibilidade que ele conhece, em geral, nos sistemas de direito comparado. O enquadramento da perda do interesse do credor entre os pressupostos da resolução e a autonomização do regime da indemnização pelo incumprimento da obrigação denunciam o nexo lógico entre a inutilidade da prestação para o credor e a sua desoneração;
9. Em nossa opinião, a extinção do vínculo obrigacional descobre, porém, um fundamento mais amplo: a inexigibilidade da obrigação;
10. Trata-se da figura da justa causa, que encontra um espaço natural nos contratos de execução duradoura. A solução afigura-se, no entanto, de aplicação geral, autonomizando-se das relações duradouras;
11. O sistema revelar-se-ia, assim, coerente, considerando o paradigma do vínculo obrigacional, motivado pela satisfação do interesse do credor. Deste modo: a extinção do vínculo obrigacional antes de um incumprimento do devedor exigiria o preenchimento dos requisitos do artigo 437.º. Entrando o devedor em mora, ao credor é facultada a resolução se perder, objetivamente, o interesse na prestação (artigo 808.º). Da causalidade adequada corrigida pelo fim de proteção da norma estará apenas dependente a responsabilidade do devedor pelos danos causados.