

Índice

RESUMO	3
ABSTRACT	4
INDICAÇÕES PRÉVIAS.....	5
INTRODUÇÃO	6
0.1 – Problematização e justificação do tema	6
0.2 – Perspectiva de abordagem e sequência	8
CAPÍTULO I- Excepção de não cumprimento do contrato- questões preliminares	10
1.1 – Conceito e teologia.....	10
1.2- Pressupostos: existência de contratos bilaterais sinalagmáticos	11
1.3- Distinção dogmática do instituto da excepção de não cumprimento do contrato: as figuras afins em especial o direito de retenção.....	15
1.3.1 - Excepção de não cumprimento e direito de retenção.....	16
1.3.2- Excepção de não cumprimento e compensação	21
1.3.3- Excepção de não cumprimento e resolução do contrato por incumprimento	27
CAPÍTULO II- A excepção de não cumprimento do contrato- dogmática geral, ratio legis e ratio iuris.....	30
2.1 – O cumprimento das obrigações	30
2.2 – Princípios gerais	31
2.3- Requisitos.....	34
2.4- Não cumprimento das obrigações	37
2.4.1- Modalidades do não cumprimento	37
2.4.2- Impossibilidade do cumprimento: imputáveis ao devedor e imputáveis ao devedor	37
2.4.3- Mora do devedor: requisitos, consequências e extinção	44
2.4.4- Mora do credor: requisitos, consequências e extinção.....	48
2.4.5- Cumprimento defeituoso do contrato: violação positiva do contrato	50
2.5- Excepção e a perda do benefício do prazo.....	54
2.6- O princípio bona fidei e a excepção de não cumprimento	57
2.7- O abuso de direito e a excepção de não cumprimento do contrato	59
2.8- A excepção de não cumprimento e as cláusulas contratuais gerais abusivas.....	60

2.9- Extinção da exceptio nom adimplente contractus.....	64
CAPÍTULO III- Excepção de não cumprimento do contrato-breve análise jus-comparatísca.....	65
3.1- Direito Romano.....	65
3.2- Direito Francês.....	66
3.3- Direito Alemão	68
3.4- Direito Italiano.....	70
3.5- A exceptio nas legislações actuais	70
3.5- A excepção de não cumprimento na Convenção de Viena	71
Capítulo IV- Conclusão	75
V- Bibliografia	77
Jurisprudência	80

RESUMO

A exceção de não cumprimento do contrato caracteriza-se pela negação do cumprimento a uma obrigação, enquanto a outra parte não cumprir. Presente no âmbito do Direito das Obrigações, a exceptio é de grande importância prática, pois visa essencialmente assegurar mediante o cumprimento simultâneo, o equilíbrio em que se assenta o esquema do contrato bilateral.

O exercício da exceptio está sujeito ao preenchimento de requisitos como: o vínculo de interdependência, isto é, a obrigação em causa terá de derivar de um contrato sinalagmático e a falta de prazos convencionado para o cumprimento da obrigação. Em regra, não pode invocar a exceptio aquele que está obrigado a cumprir em primeiro lugar.

O princípio da boa fé e da proporcionalidade são indispensáveis ao exercício da excepção de não cumprimento de contrato.

Palavras-chave: exceção, contrato, sinalagma, obrigações, inadimplemento, cumprimento defeituoso e boa fé.

ABSTRACT

The plea of breach of contract is characterized by the denial of the fulfillment of an obligation, while the other party does not comply. This under the Law of Obligations, the exceptio is of great practical importance because it essentially aims to ensure that by the simultaneous fulfillment, balance on which rests the bilateral contract scheme.

The exercise of the exceptio is subject to the filing requirements as the interdependent relationship, that is, the obligation in question must derive from a bilateral contract and the lack of time limits agreed to comply with the requirement. As a rule, can not rely on the exceptio one who is required to comply in the first place.

The principle of good faith and proportionality are essential to the exercise of exceptão not contract compliance.

Keywords: exception contract sinalagma, obligations, default, defective performance and good faith.

INDICAÇÕES PRÉVIAS

As disposições legais não seguidas da fonte, correspondem a artigos do Código Civil português em vigor, aprovado pelo Decreto-Lei nº 47344, de 25 de Novembro de 1966.

As obras citadas, serão na maioria das vezes indicadas nas notas de rodapé, citadas da seguinte forma: nome do autor, título da obra, edição local, data de publicação e página. Toda obra será citada de forma completa.

As decisões judiciais citam-se pelo tribunal, número de processo, data e local de publicação. Toda a jurisprudência citada sem outra fonte, é facilmente acessível em <http://www.dgsi.pt>

As abreviaturas utilizadas são as de uso corrente. Com o intuito de evitar sobreposição do texto, usamos as seguintes abreviaturas, que estão seguidas por ordem alfabética:

AC – Acórdão

Apud – É uma expressão latina que significa “citado por”

ARTº - Artigo

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)

CPC – Código Processo Civil

CT – Código de Trabalho

LCCG- Lei das Cláusulas Contratuais Gerais

Nº - Número

RAU – Regime do Arrendamento Urbano

Vol. – Volume.

INTRODUÇÃO

0.1 – Problematização e justificação do tema

Este estudo incide, como o título indica, na exceção de não cumprimento do contrato, mas concretamente no artº 428º do Código Civil. Trata-se de uma matéria de direito, aplicada no âmbito do Direito das Obrigações.

A temática é de tamanha importância prática, pois, apesar da escassa doutrina (poucos são os doutrinadores que se ocuparam em desenvolvê-la), nota-se claramente a sua aplicabilidade prática, que dada a sua importância jurisprudencial, o que é demonstrado pelo excessivo número de acórdãos proferidos pelas Relações e pelo Supremo, relativamente a esta matéria, achamos conveniente analisá-lo profundamente.

Durante muito tempo, o instituto em causa não mereceu um tratamento especial no Código Civil português, estando, no entanto, disperso em algumas normas do Código ¹. Contudo, o Código Civil de 1966, veio expressamente consagrar o instituto da exceção de não cumprimento do contrato, tendo para o efeito, tratamento semelhante ao do BGB Alemão.

Hoje, a figura em estudo está legalmente consagrada no artº 428º do Código Civil e em outros diplomas legais, como por exemplo no Código de Trabalho e no Código comercial respectivamente.

O estudo será feito no âmbito do direito privado, pois para além deste, a figura em análise também se aplica no campo público, nomeadamente nos contratos administrativos.

A dissertação versa sobre incumprimento dos contratos, a qual a *exceptio* é tida como um meio de defesa, oponível pelo contraente demandado contra o contraente inadimplente. Tal meio de defesa, não se apresenta como função de anular a pretensão

¹ SERRA, Adriano Paes Da Silva Vaz, *Excepção de Contrato não Cumprido*, in BMJ nº67, Lisboa, 1957, pp.7 e ss.

do titular do direito, mas como uma forma de justificar o direito do obrigado de recusar o adimplemento da prestação exigida.

Para que a *exceptio* possa ser invocada é necessário que o contrato em causa seja sinalagmático, contratos em que não só nascem obrigações, como também essas obrigações se encontram unidas uma à outra por um vínculo de reciprocidade ou interdependência, o vínculo que segundo a intenção dos contraentes acompanha as obrigações típicas do contrato, desde o nascimento deste e continua a refletir-se no regime da relação contratual durante todo o período de execução do negócio e em todas as vicissitudes registadas ao longo da existência da obrigação. Cada parte condiciona a sua prestação a contraprestação da outra.

Neste sentido, corolário do regime dos contratos bilaterais sinalagmáticos é a excepção de não cumprimento do contrato, instituto este que escolhemos como tema da nossa abordagem.

Propomo-nos assim a dar resposta se por exemplo, poderá ², num contrato de trabalho, o empregador exigir que o trabalhador preste a sua actividade quando o mesmo não está a cumprir o seu dever de remunerar o trabalhador? Poderá o locador exigir do locatário o pagamento das rendas quando aquele não disponibilizou a coisa locada? Poderá o dono da obra obrigar o empreiteiro a executar a obra, quando ainda não pagou o preço? E, por último, face a um contrato de compra e venda poderá o comprador exigir ao vendedor a entrega da coisa, quando este ainda não pagou preço da coisa?

Uma dissertação cujo tema é a excepção de não cumprimento do contrato, versa sobre questões muito delicadas com as quais os nossos tribunais se deparam no dia-a-dia, porém muitas das vezes são resolvidas de forma não muito apropriada, fazendo assim o recurso a outras normas.

Pretendemos também, trazer a colação alguns conceitos próprios do mundo jurídico, nomeadamente o conceito de contrato sinalagmático *versus* excepção de não cumprimento do contrato, princípio do *pacta sunt servanda* *versus* princípio da boa fé, e outros conceitos que se desenvolverão ao longo da elaboração da presente dissertação.

² As questões levantadas nesse parágrafo, valem tanto para uma quanto para a outra parte, isto é, para o trabalhador e empregador, locador e locatário, empreiteiro e dono da obra, e, por último para o vendedor e comprador.

0.2 – Perspectiva de abordagem e sequência

Na presente dissertação visamos especialmente o estudo da exceção de não cumprimento do contrato, como fundamento do inadimplemento no direito português.

A estrutura da dissertação apresenta-se da seguinte forma: encontra-se dividida em quatro capítulos.

No primeiro capítulo procuramos proceder uma afinação terminológica delimitadora dos conceitos a utilizar ao longo do estudo. Delimitamos assim o conceito de contratos e contratos bilaterais sinalagmáticos, conceitos esses que nos conduzirão a noção de exceção de não cumprimento do contrato. Neste capítulo fez-se de igual modo uma distinção entre a exceção de não cumprimento de contrato com as figuras a ela parecidas.

O segundo capítulo, corresponde a razão de ser desta dissertação: o procedimento dado a questão da exceção de não cumprimento do contrato, como uma forma de não cumprir enquanto a outra parte, por sua vez não cumprir a obrigação que está adstrita. Levantaremos a questão do cumprimento e não cumprimento das obrigações, este com as suas respectivas modalidades.

Na sequência, daremos respostas a algumas questões levantadas, nomeadamente sobre quem recai o direito a exceção de não cumprimento de contrato, em que circunstâncias se pode invocar tal figura. Ainda no mesmo capítulo nos focaremos ao princípio do *pacta sunt servanda* e ao princípio da boa fé, porque, como veremos, só pode invocar a *exceptio* aquele que estiver de boa fé, tentaremos demonstrar melhor com o recurso a alguma jurisprudência.

No terceiro capítulo, faremos uma breve análise jus- comparatística da exceção de não cumprimento do contrato, face a outros ordenamentos, nomeadamente ao direito romano, alemão, francês, italiano e outros, na medida em que constituem uma influência relevante na legislação portuguesa em matéria de cumprimento e não cumprimento do contrato. Far-se-á também uma pequena abordagem sobre a exceção de inexecução na Convenção de Viena “violação antecipada do contrato”, far-se-á ainda uma pequena abordagem sobre a exceção e as cláusulas abusivas.

O quarto e último capítulo fornecerá uma síntese das conclusões que durante o percurso do estudo foi possível extrair, esperamos que tais conclusões deverão consubstanciar a nossa dissertação.

CAPÍTULO I- Excepção de não cumprimento do contrato- questões preliminares

1.1 – Conceito e teologia

Caberá em primeira instância definir, para efeitos de percepção da temática que nos ocupa, o que se entenda por excepção de não cumprimento do contrato, numa perspectiva legal.

A excepção de não cumprimento do contrato está regulada no artº 428º a 431º, do Código Civil, a qual foi dada a seguinte redação:

Artº 428º nº 1- “*Se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo*”; nº 2- “*a excepção não pode ser afastada mediante prestação de garantias*”.

Assim, entender-se-á por *exceptio non adimpleti contractus*, como a “faculdade que nos contratos bilaterais, cada uma das partes tem de recusar a sua prestação enquanto a outra, por seu turno, não realizar ou não oferecer a realização simultânea da respectiva contraprestação”³.

É doutrinariamente unânime definir contrato como “um facto humano, voluntário e lícito, formado por duas ou mais declarações concordantes que produzem efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada”⁴; contrato é o “acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade «oferta ou proposta, de um lado e aceitação do outro», contrapostas, mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses”⁵.

Não obstante a definição de contratos, é imprescindível ressaltar que o contrato é como sabemos uma das fontes das obrigações⁶, isto é, tendo sido celebrado um contrato

³ Cfr. ABRANTES, José João, *Excepção de não cumprimento do contrato: conceito e fundamento*, 2ª ed, Coimbra, Almedina, 2012, p.35.

⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos: conceito, fontes e formação*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, p.24.

⁵ Cfr. VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1996, p. 223.

⁶ As obrigações podem advir de diversos fenómenos jurídicos, sendo fonte da obrigação o facto jurídico de onde emerge a relação obrigacional. As fontes das obrigações estão tipificadas no Código Civil, no

(negócio jurídico bilateral), implicará para cada uma das partes direitos e deveres recíprocos.

Contudo, percebe-se a partir da prática contratual que existem circunstâncias que fogem a essa regra, e é neste diapasão que a exceção de não cumprimento surge como uma forma de proteção contra o abuso no adimplemento dos contratos. A *exceptio* não funcionará como uma sanção, mas apenas como um processo lógico de assegurar mediante o cumprimento simultâneo, o equilíbrio em que se assenta o esquema do contrato bilateral, pensamos ser este o elemento teleológico ou finalidade do instituto em discussão.

A *exceptio* vigora não só quando a outra parte não efectua a sua prestação porque não quer, como também quando ela não a realiza ou não oferece porque não pode e, vale tanto para os casos de falta integral de cumprimento, mora do devedor/credor, como para o cumprimento parcial ou defeituoso, desde que sua invocação não contrarie o princípio da boa fé. Mais adiante voltaremos a falar desse princípio.

1.2- Pressupostos: existência de contratos bilaterais sinalagmáticos

Do número 1 do artº 428º 1ª- parte, pode-se retirar dois requisitos indispensáveis a aplicação da *exceptio* é, portanto, o *vínculo bilateral* e a *falta de prazos* diferentes para a realização das prestações.

Relativamente ao prazo que aqui se alude, a regra é de que nos contratos sinalagmáticos as prestações devem ser cumpridas em simultâneo (na falta de prazo convencionado), e quando haja prazo, pela parte que esteja obrigada a cumprir em primeiro lugar. A questão dos prazos está reservada para os próximos capítulos. Falaremos agora exclusivamente do vínculo bilateral que a nosso ver constitui elemento *sine qua non* do instituto em análise.

artsº 405º e ss, nomeadamente: 1) Contratos (artsº 405º e ss); 2) Negócios unilaterais (artsº 457º e ss); 3) Gestão de negócios (artsº 464º e ss); 4) Enriquecimento sem causa (artsº 473º e ss); 5) Responsabilidade civil (artsº 483º e ss).

A exceção de não cumprimento do contrato apenas aplica-se nos contratos bilaterais sinalagmáticos, isto é, contratos onde há uma interdependência no cumprimento das obrigações.

Ora, contratos sinalagmáticos são aqueles dos quais não só nascem obrigações para ambas as partes, como também, essas obrigações se encontram unidas uma à outra por um vínculo de reciprocidade ou interdependência, vínculo que segundo as intenções dos contraentes, acompanha as obrigações típicas do contrato desde o nascimento deste- *sinalagma genético*, e continua a refletir-se no regime da relação contratual durante todo o período de execução do negócio e em todas as vicissitudes registadas ao longo da existência das obrigações- *sinalagma funcional* ⁷.

Nos contratos sinalagmáticos originam-se obrigações recíprocas para ambas as partes, ficando as partes simultaneamente na posição de credores e devedores. Há uma obrigação e a respectiva contra-obrigação, uma prestação e a respectiva contraprestação ⁸.

Significa isto que, como afirma José Abrantes, *no interior da economia contratual, a obrigação de cada um dos contraentes funciona como contrapartida ou como contrapeso da outra* ⁹. Portanto, não são muito relevantes as finalidades prosseguidas por cada uma das partes e as suas motivações internas, a relação de interdependência entre as obrigações principais assumidas por cada um dos contraentes estabelece-se ainda que estes próprios não tenham noção mesmo a pretendam afastar. O sinalagma produz-se independentemente da vontade das partes ¹⁰.

São exemplos de contratos sinalagmáticos entre outros, o contrato de locação, artº 1022º; o contrato de trabalho, artº 1152º; a empreitada, art1207 e a compra e venda artº 874º.

Vamos de forma não muito exaustiva analisar como funciona o carácter sinalagmático e porque razão são contratos específicos onde as partes podem invocar a figura da exceção de não cumprimento do contrato.

⁷ VARELA, Antunes, *Das obrigações em Geral*, Vol.I 7ªed, Coimbra, Almedina, 1991, p.378.

⁸ Cfr. artº 795º.

⁹ ABRANTES, José João, *Exceção de não cumprimento do contrato: conceito e fundamento*, 2ºed, Coimbra, Almedina, 2012, p.36.

¹⁰ Idem.p.37

Comecemos pelo contrato de locação. Diz-se contrato de locação ao «contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição»¹¹. Assim, da conjugação do artº 1022º com o artº 1º do RAU, resulta que o contrato de arrendamento é um contrato sinalagmático e oneroso¹², em que uma parte «senhorio» proporciona a outrem «arrendatário» o gozo temporário de um imóvel em contrapartida de uma renda paga pelo segundo.

Deste modo, o contrato de locação apresenta-se como um contrato comutativo, pois dele nascem vantagens patrimoniais quer para o locador quer para o locatário. Cabe ao locador entre outras obrigações entregar a coisa e assegurar o gozo da coisa locada, tendo em conta o fim a que ela se destina artº 1031º, todavia, a obrigação da entrega da coisa a que faz referência a alínea c) do artº 1301º, é um acto de cumprimento do contrato; a entrega não faz parte do conceito de arrendamento, correspondendo, antes, ao cumprimento de uma prestação do contrato¹³.

No artº 1038º estão enunciadas as obrigações do arrendatário, sendo as principais, o pagamento das rendas prevista na alínea a) e a obrigação de restituir o prédio arrendado no fim do contrato, como estabelece a alínea i)¹⁴.

O mesmo acontece no contrato de trabalho¹⁵ onde também se estabelece um nexo de correspectividade, na medida em que o trabalhador presta a sua actividade mediante retribuição feita pelo empregador, sendo a retribuição a contrapartida do trabalho prestado artº 1152º; artº 1º e 82.º da LCT e artº 11º do CT.

Relativamente ao contrato de empreitada «aquele pelo qual uma das partes se obriga em relação a outra a realizar certa obra, mediante um preço», existe tal como no contrato de trabalho e na locação uma interdependência e correspectividade entre as partes.

¹¹ Redação dada pelo artº 1022º e artº 1 do RAU.

¹² Não pode invocar a excepção de não cumprimento do contrato, alegadamente por senhorio não ter procedido obras no imóvel locado, o arrendatário que, anteriormente, deixou de pagar qualquer renda e continua a habitar esse imóvel. Cfr. Ac. da Relação do Porto n.º 3426/11.OTBVNG.A. P1 de 24/03/2014, disponível em <http://www.dgsi.pt>

¹³ Sobre este assunto vide. CORDEIRO, António Menezes *et al*, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles, Direito Do Arrendamento Urbano*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2002, p.14.

¹⁴ Para aprofundar esse conteúdo, cfr. MARTINEZ. Pedro Romano, *Direito Das Obrigações (Parte Especial) Contratos: Compra E Venda, Locação E Empreitada*, Coimbra, Almedina, pp. 173 e ss

¹⁵ É contrato de trabalho aquele pelo qual uma pessoa se obriga mediante retribuição a prestar a sua actividade intelectual ou anual a outra pessoa, sob autoridade e direcção desta.

A noção de empreitada esta prevista no artº 1207º, da qual podemos retirar três elementos: os sujeitos, a realização de uma obra e o pagamento do preço. Assim, a obrigação principal do empreiteiro é a de realizar a obra, em conformidade com o convencionado e sem vícios, artº 1208º, pois só assim o contrato se considera pontualmente cumprido, artº 406º. Por sua vez ao dono da obra caberá o pagamento do preço, colaboração necessária e aceitação da obra, sempre que o empreiteiro tenha cumprido as regras e técnicas do trabalho realizado, conforme os ditames estipulados no contrato ¹⁶.

Resta-nos falar daquele que é o contrato que serve de paradigma ¹⁷ aos demais contratos onerosos, conforme se estabelece expressamente no artº 939º.

A compra e venda está regulada no artº 874º e ss., e contém o seguinte teor:

“Compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa ou direito mediante um preço”.

Os efeitos da compra e venda são vários ¹⁸, uns reais e outros obrigacionais. Assim, o efeito real será *a transferência da titularidade de um direito* e os efeitos obrigacionais serão: em primeiro lugar, *a obrigação por parte do comprador, de pagar o preço*, e em segundo lugar, *a obrigação pendente sobre o vendedor de entregar a coisa vendida* ¹⁹.

Por exemplo, num contrato entre A e B, onde A é o vendedor e B o comprador, B compromete-se a pagar um preço porque A se obriga a entregar-lhe a coisa (objecto de contrato) e A entrega a coisa porque em contrapartida recebe aquele preço. Dito de outro modo, o contrato de compra e venda é sinalagmático ou bilateral, pois dela

¹⁶ Cfr. MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações (Parte Especial) Contratos: Compra e Venda, Locação e Empreitada*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 336 e ss.

¹⁷ As normas da compra e venda são aplicáveis aos outros contratos onerosos, pelos quais alienam bens ou se estabelecem encargos sobre eles, na medida em que sejam conformes com a sua natureza e não estejam em contradição com as disposições legais respectivas. Redação dada pelo artº 939º.

¹⁸ A espécie contratual em causa reveste a natureza de um contrato translativo (produz sempre a transferência da propriedade de uma coisa ou direito; oneroso (cada um dos contraentes tem de prestar o equivalente àquilo que recebe, cada uma das partes procura para si uma vantagem económica mediante correlativa atribuição de um benefício contra a parte); bilateral ou sinalagmático (nele existe um nexo de reciprocidade entre a prestação de um dos contraentes e a contraprestação do outro; nominado (está expressamente previsto e disciplinado na lei); causal (a sua causa é constituída pela troca da propriedade por uma soma em dinheiro); e, em regra comutativo (as duas prestações são certas e, quanto possível iguais, no próprio momento da conclusão do contrato é possível avaliar a vantagem e o sacrifício para cada parte), Vid. OLIVEIRA, Fernando Baptista de e OLIVEIRA, Alexandre Norinho de, *Contratos Privados: Das Noções à Prática Judicial*, Coimbra, Vol.I, 2014, p. 358.

¹⁹ Para uma referência aos efeitos, classificação e elementos essenciais da compra e venda, cfr. ALBURQUEQUE, Pedro de, *Direito das Obrigações: Contratos Em Especial*, Vol. I, Tomo.I, Coimbra, Almedina, 2008, p. 72 e ss.

emergem obrigações recíprocas e interdependentes para ambas as partes, mas concretamente a obrigação de entregar a coisa para o vendedor, a obrigação de pagar o preço para o comprador. É de resto o que se pode tirar do artº 879º.

Contudo, a existência de obrigações recíprocas para ambas as partes implica que o surgimento de cada prestação apareça ligado a outra, que se apresenta assim como sua contraprestação, ou seja, a exigência do cumprimento simultâneo das obrigações (nos contratos sinalagmáticos), é consequência directa da sua interdependência funcional ²⁰.

1.3- Distinção dogmática do instituto da excepção de não cumprimento do contrato: as figuras afins em especial o direito de retenção

Após o recorte conceptual do instituto da excepção de não cumprimento do contrato, justifica-se, a nosso ver, nessa fase da presente dissertação, procedermos à explanação de outros institutos jurídicos que apresentam algumas semelhanças face à figura da excepção de não cumprimento do contrato.

A excepção de não cumprimento do contrato é muitas vezes confundida com figuras muito próximas a ela, ao que achamos por bem chama-las por figuras afins.

Existem varias figuras jurídicas com determinadas afinidades a excepção de não cumprimento do contrato e com as quais esta se confunde. Tratam-se sobretudo de figuras afins que numa análise mais profunda a cada uma delas, fazendo assim o seu confronto rigoroso com os pressupostos da *exceptio non adimplente contractus*, pode-se constatar algumas semelhanças, porém, feita a separação das águas, são notáveis as diferenças que as distinguem.

São três as figuras que muito se assemelham a *exceptio non adimplenti contractus*, designadamente: o direito de retenção, a compensação e a resolução por incumprimento, sendo o direito de retenção, aquela com que mais se confunde.

²⁰ ABRANTES, José João, *A excepção de não Cumprimento do Contrato: Conceito e Fundamento*, Lisboa, Almedina, 2ªed, 2012, p.45

1.3.1 - Excepção de não cumprimento e direito de retenção

Como dissemos, a figura que mais se confunde com a excepção de não cumprimento do contrato é o direito de retenção. Esta figura compreende o livro II (Direito das obrigações), Título I (Das obrigações em geral), Capítulo VI (Garantias especiais das obrigações), secção VII (Direito de retenção), ocupando para o efeito um espaço que vai do artº 754º a 761º.

O *ius retentionis* é o direito concedido pela lei a um credor que detém uma certa coisa do devedor, consiste na faculdade de a reter enquanto não for pago, bem como na faculdade de se fazer pagar por força da sua venda judicial (artsº 754º, 758º e 759º n.º 1), é, portanto, um direito real de garantia ²¹.

O direito de retenção opera “*erga omnes*”, é dotado de eficácia real. O devedor ao mesmo tempo credor por uma relação creditória inerente a prestação que está obrigado a realizar, retém-na até lhe ser efectuado o pagamento da prestação que por sua vez lhe é devida pela outra parte contraente. Podíamos dizer que é a faculdade concedida pela lei ao credor de poder conservar em seu poder coisa alheia que detém legitimamente para além do momento em que já deveria restituir se o crédito não existisse.

Para que opere o direito de retenção é necessário que se verifiquem certos requisitos ou pressuposto abrangidos pelo artº 754º, dos quais citamos os mais relevantes:

- Que o respectivo titular detenha lícitamente uma coisa que deva entregar a outrem;
- Que seja simultaneamente titular de um crédito sobre a pessoa a quem esteja obrigado a entregar essa coisa, crédito esse exigido, ainda que com base na perda do benefício do prazo, mas não necessariamente líquido;
- Que exista uma conexão causal entre a coisa e o crédito sobre a pessoa a quem esteja obrigado a entregar essa coisa ²², podendo essa conexão resultar de despesas feitas por causa da coisa ou danos por ela causados ²³;

²¹ DUARTE, Rui Pinto, *Curso de Direitos Reais*, 3ªed revista e aumentada, Cascais, Principia, 2013, p.289; LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes, *Direitos Reais*, Coimbra, Almedina, 2009, p.497.

²² Essa conexão entre a coisa e o crédito pode resultar de despesas feitas pela coisa ou por danos causados por ela, é por exemplo o caso de uma oficina mecânica de retém um veículo quando está não recebe o valor acertado pelo concerto do mesmo; É também o caso de num acidente de carro, onde o acidentado poderá reter o veículo do causador do acidente, com o fito de garantir o pagamento dos prejuízos causados.

- Que nem a aquisição da detenção da coisa tenha resultado de meios ilícitos, com o conhecimento do retentor, nem a constituição do crédito tenha resultado de despesas efectuadas de má fé;
- Que a outra parte não preste caução suficiente.

Contudo, e como afirma o professor Rui Pinto Duarte ²⁴, o artº 756º delimita negativamente o direito de retenção, estabelecendo que o mesmo não existe quando: a detenção do bem tenha sido obtida por meios ilícitos, desde que o eventual retentor conhece essa ilicitude, no momento da obtenção; o crédito do eventual retentor resulte de despesas feitas de despesas feitas de má fé; o bem seja impenhorável; a outra parte preste caução suficiente.

Para além do inciso no artº 754º, o legislador especificou alguns casos especiais em que é admitido o direito de retenção, são os que estão previstos no artº 755º. Deste modo, o *ius retentionis* é ainda admitido ao transportador, ao albergueiro, ao mandatário, ao gestor de negócios e ao depositário ou comodatário.

Vários foram os autores que se pronunciaram sobre questão da proximidade entre as duas figuras, com maior realce para os franceses, italianos e alemães ²⁵, uns defendiam que tratava-se, entretanto, da mesma figura, embora com algumas destrições e outros que eram figuras completamente distintas ²⁶.

Posto isto, percebe-se claramente que a excepção de não cumprimento do contrato e o direito de retenção detém maior ligação, o que leva, às vezes a muita confusão, vejamos o seguinte:

O direito de retenção e a excepção de não cumprimento têm como fim último defender a posição do devedor. Quer o direito de retenção, quer a excepção de não cumprimento

²³ Goza de direito de retenção da casa arrendada o inquilino que nela fez obras ainda que sem autorização do senhorio, que constituam benfeitorias úteis (...) Enquanto o dono da obra não pagar o preço da empreitada, goza o empreiteiro do direito de retenção das chaves do prédio, que àquele deveria entregar uma vez concluída a obra (...) O empreiteiro goza do direito de retenção sobre a coisa executada, móvel ou imóvel cujos materiais lhe caibam adiantar e enquanto lhe não for pago o respectivo preço. Para mais exemplos sobre os possíveis casos de direito de retenção, Cfr. NETO, Abílio, *in Código Civil Anotado*, Coimbra, 14ª ed, Actualizada, 2004, pp.786 e ss.

²⁴ DUARTE, Rui Pinto, *Curso de Direitos Reais*, 3ªed, Revista e aumentada, Cascais, Principia, 2013, p.290

²⁵ A doutrina alemã chegou mesmo a sustentar que a excepção decorria do direito de retenção, sendo uma das suas modalidades

²⁶ Cfr. FONSECA, António Medeiros da, *Direito de Retenção*, 2ª ed, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1994, pp. 123 e ss.

têm a função de garantia e a função coercitiva, são exercidas pelo credor como meios coercitivos defensivos e temporários de conservar o que deve para garantir e constranger o devedor a cumprir a prestação, em ambos os casos, um dos contraentes dispõe da faculdade de recusar determinada prestação de que é devedor enquanto o outro não cumpra aquela prestação a que se encontra vinculado ²⁷.

João Galvão da Silva, defende que “*na exceptio non adimpleti contractus o credor adopta uma postura simplesmente passiva, recusando-se a cumprir a sua obrigação no negócio jurídico porque e enquanto a outra parte não cumprir a respectiva obrigação a que se encontra adstrita (...) no mesmo sentido, o direito de retenção constitui igualmente uma forma de defesa do credor perante o incumprimento do seu devedor (...), assim, o detentor de uma coisa que se ache obrigado a entregá-la a outrem pode usar a faculdade de não efectuar essa entrega enquanto o credor da entrega não satisfazer o seu direito de crédito*” ²⁸.

José Abrantes, salienta que no direito de retenção “o devedor da obrigação de entrega tem assim a faculdade de suspender a sua execução, como forma de constranger o seu credor a cumprir uma outra obrigação de que por sua vez, é devedor para com ele, o que quer dizer que, trata-se, tal como na excepção de inexecução, de uma causa legítima de incumprimento das obrigações, não ficando o devedor sujeito a responsabilidade pelo retardamento da prestação (...) continua o douto professor dizendo que é a relação de conexão entre os créditos pressupostos pelo direito de retenção que aproxima esta figura da excepção de não cumprimento” ²⁹. Os exemplos de proximidade entre as duas figuras poder-se-ão multiplicar.

Contudo, para lá dessas semelhanças, permanecem também muitas e extraordinárias diferenças, por essa razão e, como afirma José Abrantes, os dois institutos não se podem confundir.

Sendo o direito de retenção um direito real de garantia, só podem ser objecto do mesmo as coisas susceptíveis de penhor, ou seja, a obrigação que recai sobre o retentor é uma

²⁷ Cfr. Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, p.914.

²⁸ SILVA, João Galvão da *apud* MADALENO, Cláudia, *A Vulnerabilidade das Garantias Reais: A Hipoteca Voluntária face ao Direito de Retenção e ao Direito de Arrendamento*, Coimbra, 2008, p. 125.

²⁹ Cfr. ABRANTES, José João, *A Excepção de não Cumprimento do Contrato: Conceito e Fundamento*, 2ªed, Coimbra, Almedina, 2012, pp.132, 133,134.

obrigação de entrega de coisa ³⁰. Já na exceção de não cumprimento a situação é diferente, a prestação que o excipiente está adstrito a recusar, tanto pode ser coisa como uma prestação de facto ³¹.

O direito de retenção, limitado as obrigações de restituir coisas alheias, é uma medida de equidade, inspirada em um pensamento de garantia, ao passo que a exceção de inadimplemento, aplicando-se a quaisquer outras prestações, devidas em virtude de um vínculo sinalagmático, apresenta-se como consequência lógica do princípio da reciprocidade que lhes é inerente. Decorre da própria natureza do negócio jurídico sinalagmático, pela relação causal existente entre as duas obrigações, das quais uma é o equivalente da outra, assegurando o respeito à regra da execução simultânea ³².

Deste modo a natureza jurídica dos dois institutos diverge, pois fundamentalmente, embora tenham pontos de contacto pelo modo como actuam, sendo além disso, um e outro renunciáveis. O *ius retentionis* recai de modo directo sobre a coisa alheia, detida pelo credor, assumindo uma feição real, ao passo que a *exceptio non adimpleti*, baseada na correlação existente entre as duas obrigações, é de natureza pessoal ³³.

A principal função do direito de retenção reside na possibilidade de o credor se auto-poder ressarcir por meio da execução judicial da coisa retida. O exercício deste direito pode servir para compelir o devedor a cumprir a sua obrigação, evitando assim o recurso à execução da coisa. (...) na exceptio, o credor que suspende o cumprimento da sua obrigação não tem nenhuma maneira de, por si só, ressarcir o seu crédito, não podendo executar um bem do seu devedor (...) neste caso, o credor suspende a execução de uma obrigação que é correlativa da obrigação do seu credor, daí, que seja da sua essência o cumprimento simultâneo (...) porém, se ainda assim a outra parte não cumprir, resta àquele que invoca a exceptio recorrer aos meios judiciais convencionais, por forma a procurar ressarcir o seu crédito (...) não terá contudo o

³⁰ O direito de retenção apenas se aplica às obrigações de “dare”, em que a coisa seja susceptível de detenção material e às obrigações de “restituere”.

³¹ Quanto a *exceptio non adimpleti contractus*, assegurada de maneira ampla nas relações jurídicas originadas de contratos bilaterais, não há duvidas que se aplica, de maneira geral, não só a dividas de coisas corpóreas, mas também a quaisquer prestações ou serviços, podendo justificar mesmo a suspensão de obrigações de não fazer... Em favor da parte nos casos em que a pode invocar também se reconhece o direito de demandar a rescisão do contrato (...) já o direito de retenção tem outro domínio, por um lado, só se aplica as obrigações de dar coisa susceptível de detenção material ou, mais propriamente às obrigações de restituir, Vid. FONSECA, Arnaldo Medeiros da, *Direito de Retenção*, 2ªed, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1994, p. 136.

³² Ibidem, p. 138.

³³ Ibidem, pp.139, 140.

*direito de se auto-ressarcir por meio da própria obrigação cujo cumprimento suspendeu, ao contrário do que acontece no direito de retenção*³⁴.

Outrossim, é o facto de a excepção não poder ser afastada mediante prestação de garantias, artº 428º nº 2, a ao passo que o exercício de direito de retenção deixa de ser legítimo quando o devedor presta caução suficiente (artº 756º alínea d)).

A excepção de não cumprimento é de natureza obrigacional, não sendo assim oponível a terceiros, ao enquanto que o direito de retenção é de natureza real, tem carácter absoluto e eficácia *erga omnes*, podendo, para o efeito ser oponível a terceiro.

Contudo, o vínculo sinalagmático, apresenta-se como elemento essencial para distinguir os dois institutos. Bastará a detenção legítima de uma coisa alheia e a existência de um crédito por parte do retentor, para que se verifique o direito de retenção, tal retenção deverá resultar de uma relação de conexidade. Na *exceptio*, é imprescindível a existência de um vínculo sinalagmático, ligados entre si por um nexo de correspectividade.

Existem situações em que também é permitido que um dos contraentes recuse a sua prestação enquanto o outro não cumprir por seu turno, é o caso dos contratos bilaterais imperfeitos como no mandato, depósito gratuito e no comodato. José Abranches salienta que nesses contratos não há sinalagma, não há equilíbrio contratual a manter, não há prestação e prestações, há ou pode haver efectivamente, a obrigação de ambos os contraentes, mas elas não são causas uma da outra, retribuição ou compensação uma da outra, não há, pois, que pensar em equilíbrio ou equivalência a ser mantida com a excepção, aquelas obrigações não nasceram unidas pela relação de correspectividade que caracteriza os contratos bilaterais perfeitos³⁵.

³⁴ MADALENO, Cláudia, A Vulnerabilidade das Garantias Reais- *A Hipoteca Voluntária Face ao Direito de Retenção* e ao Direito de Arrendamento, Coimbra, 2008, p.127.

³⁵ Refere o douto professor que no caso dos contratos bilaterais imperfeitos, bem como no dos quase contratos bilaterais, nos quais a faculdade de recusar a prestação nunca poderia ser encarada como consequência da relação jurídica tal como as partes os conceberam. O recurso ao direito de retenção é aqui muito mais lógico. Este direito é uma garantia, que como tal pode ser afastada pela prestação de outras garantias, nomeadamente de caução (...), nos contratos bilaterais perfeitos, as prestações nascem recíprocas e interdependentes, pelo que em caso de uma das partes ser accionada pela outra a fim de realizar a sua prestação, pode defender-se alegando que não está vinculada a realiza-la enquanto o demandante, por seu lado não cumprir ou, ao menos não oferecer o cumprimento simultâneo. Vid. ABRANTES, José João, *A Excepção de não Cumprimento do Contrato: Conceito e Fundamento*, 2ªed, Coimbra, Almedina, 2012, pp.138 e 139.

Desta feita, percebe-se claramente a proximidade entre as duas figuras o que leva muitas vezes cremos que estamos perante o mesmo instituto, porém, feita uma distinção nítida, constata-se as inúmeras diferenças que distanciam a *exceptio* do *ius retentionis*, como revela a autora Cláudia Madalleno “*não apenas a forma de funcionamento de cada um destes institutos é divergente, como a função, o fundamento em que assentam são diversos*”³⁶.

De tudo o que já foi dito sobre ambas as figuras, resta-nos dizer que só há excepção quando existe sinalagma e, de contrário, o que poderá existir é direito de retenção.

1.3.2- Excepção de não cumprimento e compensação

Do latim *compensatum*, *compensare*, significa entre varias coisas «acto ou efeito de estabelecer ou de restabelecer o equilíbrio entre duas coisas que se completam ou que são antagónicas»³⁷.

A compensação tem as suas origens no direito romano. Todavia, entre nós, ela trouxe consigo algumas complexidades na sua interpretação, assim é que o Código de Seabra de 1867, optou em consagrar o regime da compensação com base no modelo francês³⁸ “*Code Napoléon*”, que preceitua o *ipso iure compensare*. Por seu turno, o código actual preferiu absorver as normas do direito alemão, mas precisamente no § 388 do BGB³⁹, onde a compensação fica dependente da declaração de vontade de uma das partes⁴⁰.

No campo do direito das obrigações, a compensação é uma forma de se extinguir uma obrigação em que os sujeitos da relação obrigacional são ao mesmo tempo credores e devedores, sendo o seu principal efeito a extinção da obrigação, tal como acontece com o pagamento, ficando, no entanto, os credores reciprocamente satisfeitos.

³⁶ MADALLEN, Cláudia, A Vulnerabilidade Das Garantias Reais- A Hipoteca Voluntária Face ao Direito de Retenção e ao Direito de Arrendamento, Coimbra, 2008, p.129.

³⁷ Dicionário Electrónico Houaiss, disponível em <https://ciberduvidas.isct.iul.pt/consultorio/perguntas>

³⁸ O mesmo acontece no direito espanhol (artº1202) e italiano (artº 1242º).

³⁹ A doutrina Suíça (artº 124º) e grega (artº 441º), têm seguindo o mesmo entendimento.

⁴⁰ Sobre a natureza jurídica da compensação, cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Da Compensação no Direito Civil e no Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2003, pp 33 e ss.

Regulada nos artsº 847º e ss., a compensação desempenha importantes funções no âmbito do direito civil, todavia, a sua importância revela-se especialmente no âmbito comercial, pois este ramo da actividade humana vive essencialmente do crédito, e há a necessidade de simplificar o modo de pagamento.

Como ressalta António Colaço, o uso da conta corrente não é mais do que a aplicação do princípio da compensação, em termos sintéticos isto significa que todas as operações comerciais que se realizam entre duas partes vêm a fundir-se na conta corrente e só o saldo que resulta depois do facto da conta é objecto do pagamento efectivo⁴¹.

A compensação é uma espécie de pagamento abreviado, que proporciona a cada um dos devedores uma vantagem dupla: facilidade para o pagamento da dívida evitando-se a utilização de numerário e de garantia para a efectivação do crédito, nos casos de a outra parte ser vítima de fraude ou de insolvência ⁴².

A compensação efectua-se por declaração unilateral ou bilateral, conforme exija declaração de vontade de um dos sujeitos ou de ambos. Com efeito, a doutrina civilista aponta três espécies essenciais de compensação.

Em primeiro lugar temos a compensação *legal*- na prática é a mais importante e serve como regra geral para a compensação pautada em requisitos legais para que seja válida, isto é, a compensação legal aplica-se nos casos expressamente previstos na lei. Em segundo lugar temos a chamada compensação *contratual ou convencional*- decorre da autonomia da vontade das partes, podendo ocorrer uma obrigação de natureza diversa, como de dívidas ilíquidas, o que não é permitido pela compensação legal. E, em terceiro lugar e último, a compensação *judicial*- realiza-se em juízo mediante processo.

Os pressupostos da compensação encontram-se previsto no artº 847º, que estabelece para que se verifique a compensação é necessário que se verifiquem os seguintes requisitos:

- a) Existência de créditos recíprocos ⁴³;
- b) Fungibilidade das coisas objecto das prestações e identidade do género;
- c) Exigibilidade do crédito que pretender compensar ⁴⁴.

⁴¹ CANÁRIO, António Colaço, *A Reversão e a Compensação em Processo Civil*, Lisboa, AAFDL, 1983, p.36.

⁴² Ibidem, p.36.

⁴³ Cada uma das partes tem que possuir na sua esfera jurídica um crédito sobre a outra parte e só pode operar a compensação para que pode extinguir a sua própria dívida, Vid. artº 851º.

Insta ressaltar que “ o requisito da exigibilidade da obrigação afasta desde logo a possibilidade de obrigações naturais (artº 402º), como as resultantes de jogo (artº 1245º), contra a vontade do devedor (...) a necessidade de a dívida compensatória ser exigível no momento em que a compensação é invocada afasta, por sua vez, a possibilidade de em acção de condenação pendente, o demandado alegar como compensação o crédito de indemnização que se arroge contra o demandante, com base em facto lícito extracontratual a este imputado, enquanto não houver decisão ou declaração que reconheça a responsabilidade civil do arguido (...) embora a dívida retroaja neste caso os seus efeitos ao momento da praticado facto, ela não é obviamente exigível enquanto não estiver reconhecida a sua existência (...) como caso de excepção perentória, capaz de obstar à compensação, pode citar-se a prescrição (...) atenda-se, porém, a que a prescrição só é relevante para este efeito se o prazo não tiver ainda decorrido, quando os créditos se tornaram compensáveis (artº 850º), (...) é esta mais uma consequência da retroactividade da declaração (...) como excepções dilatórias, dotadas da mesma eficácia paralisante, podem referir-se a excepção de não cumprimento, o direito de retenção, o não vencimento do crédito, a não verificação duma condição suspensiva” ⁴⁵.

Com efeito, não se verificando qualquer um desses requisitos, a compensação não pode ser imposta por uma das partes à outra, são cumulativos. A sua verificação (requisitos legais), indica, no entanto, o momento em que as obrigações se consideram extintas ⁴⁶.

Não se admite, porém, compensação, quando está em causa factos ilícitos e dolosos, créditos impenhoráveis, ou ainda se houver prejuízo de direitos de terceiro, constituído antes de os créditos se tornarem compensáveis, ou se o devedor a ela tiver renunciado (artº 853º).

Por exemplo, se A furta ao seu devedor B uma quantia em dinheiro, não pode A compensar a obrigação de entregar a quantia furtada com o crédito que dispõe contra ele; outro exemplo seria o caso de A dever financiamento ao banco X e ter os seus salários domiciliados no mesmo banco, o banco não pode bloquear automaticamente o

⁴⁴ O crédito deve ser exigível judicialmente e, não pode proceder contra ele excepção perentória ou dilatória de direito material, isto é, de direito substantivo.

⁴⁵ LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol.II, Coimbra, 1986, p.136.

⁴⁶ Feita a declaração de compensação, os créditos consideram-se extintos desde o momento em que se tornam compensáveis. artº 854º.

salário de A, alegando compensação, mas sim, cobrar a dívida pelas vias normais e poderia bloquear a parte desse salário apenas com autorização judicial ⁴⁷.

A nosso ver, não subsistem dúvidas que a semelhança de ambas as figuras, assenta na ideia de que num contrato sinalagmático em que não se deve obrigar uma das partes a realizar uma prestação a favor da outra, se por sua vez, àquela outra não realiza a obrigação de que é credora.

Desse modo, ambos os institutos desempenham uma função de garantia. A compensação extingue as obrigações do mesmo género das pessoas que são reciprocamente credores e devedores entre si, até onde as dívidas se compensem.

Suponhamos que A deve 1000€ a B decorrente de um contrato de compra e venda de computador e B, por sua vez, deve 1000€ a A porque embateu contra o passeio da casa de A, então, um não vai cobrar o outro, a compensação vai extinguir-se mediante pagamento fictício.

Cremos serem estas as principais semelhanças das figuras em causa, ambos são meios de autotutela do crédito, são garantias especiais das obrigações e por último, exigem como requisito formal a reciprocidade de créditos entre as partes do contrato.

Para lá dessas semelhanças, existem diferenças que nos permitem claramente separar uma da outra.

Primeiro a compensação é como dissemos um modo de extinção das obrigações, ao passo que a excepção não provoca a extinção do vínculo obrigacional, mas apenas a sua suspensão.

“A excepção de não cumprimento do contrato é uma excepção dilatória de direito material que tem como efeito principal a dilação do tempo de cumprimento da obrigação de uma das partes até ao momento do cumprimento da outra, consequentemente o seu exercício não extingue o direito de crédito de que se é titular o outro contraente, apenas paralisa temporariamente, ficando a prestação devida pelo excipiente apenas suspensa” ⁴⁸.

⁴⁷ Mais exemplos sobre as situações em que não é admitida a figura da compensação, vid. LIMA Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, Coimbra, 1986, pp. 145 e 146.

⁴⁸ Cfr. Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra nº429854/09.8YIPRT.C1JTRC de 21/12/ 2010, disponível em www.dgsi.pt.

Também, a excepção de inadimplência só funciona nas obrigações sinalagmáticas e funda-se, como se viu, na relação de interdependência entre essas obrigações. Diferentemente, a compensação pressupõe duas obrigações independentes entre si, cujo único elo de ligação é o facto de serem as mesmas pessoas reciprocamente credor e devedor, *existe aí, não uma conexão interna ou estrutural entre as obrigações, mas sim uma mera justaposição ou coincidência subjectiva* ⁴⁹.

Os créditos susceptíveis de compensação devem ter por objecto coisas fungíveis ⁵⁰ e da mesma espécie e qualidade, conforme estipula a alínea b) do (artº 847 nº 1), também é necessário ter em conta a identidade quantitativa das prestações, que se servem de cumprimento simultâneo (artº 847º nº 2). Tal restrições não se verificam quando está em causa a invocação da *exceptio*, uma vez que a razão de ser do instituto não é a homogeneidade das prestações, mas sim a sua corresponsabilidade, dito de outra forma, não importa que as prestações tenham a mesma natureza, o que é fundamental é que elas se encontrem abarcadas pelo vínculo sinalagmático.

Há que considerar ainda que a compensação actua a *posteriori*, pois as partes só podem compensar se as prestações que geram o crédito recíproco, foram concretizadas, ao passo que a *exceptio* actua a *priori*, antes mesmo que qualquer prestação tenha sido efectivada. Parece-nos claro que, a excepção de não cumprimento ao conduzir à suspensão da prestação acaba por se tornar mais eficaz na protecção do crédito, que a compensação.

Questão importante é saber se o mesmo contraente pode opor conjuntamente a ambos os meios de defesa, isto é, a compensação e a excepção de não cumprimento do contrato?

Para responder a esse quesito, vamos nos socorrer dos ensinamentos de *Persico*. Para este autor, a oponibilidade conjunta, simultânea ou sucessiva dos dois institutos poderá acontecer na seguinte hipótese:

“ no caso da compensação voluntaria, ou seja, quando a compensação por vontade das partes seja só parcial e não extinga por completo as obrigações dos dois contraentes, apenas nesse caso se pode configurar uma relação de compensação

⁴⁹ ABRANTES, José João, A Excepção de não Cumprimento do Contrato: Conceito e Fundamento, 2ª ed, Lisboa, Almedina, 2012, p.143.

⁵⁰ Coisas fungíveis são aquelas que podem ser substituídas, que não possuem exclusividade que o impeça de ser repostas por coisa da mesma espécie. A fungibilidade é o resultado da comparação entre duas coisas que se consideram equivalentes, os bens fungíveis são substituíveis porque são idênticos, económico, social e juridicamente, como por exemplo: o dinheiro.

(voluntária) e uma excepção de inadimplência exercida sucessivamente a essa mesma compensação e tendo por objecto as obrigações não extintas, deste modo, é possível haver primeiro um acordo compensatório que é um contrato, sujeito às regras dos contratos e, de seguida, tendo a compensação operada sido meramente parcial, haver então a oposição na parte restante, da excepção de contrato não cumprido e diz-se ser tal possível, porque, a partir da efectivação do acordo compensatório (parcial), as obrigações como que viram «novado» o respectivo título, ou seja, passaram a ter o mesmo título, como que surgiram duas obrigações novas com o mesmo objecto, mas de montantes inferiores aos das anteriores, derivadas de um mesmo contrato bilateral. A esse propósito o autor elucida com o seguinte exemplo: A deve a B uma determinada quantidade de trigo, mas, por seu turno, B deve-lhe dinheiro. Por acordo, compensam parte desse trigo com parte desse dinheiro, a obrigação de entrega da parte do trigo em falta e a obrigação de entrega da parte restante do dinheiro ficam, então, na perspectiva do autor, ligadas por um nexo de interdependência, sendo possível que o incumprimento de uma delas determine a oposição pelo devedor da outra excepção de inadimplência”⁵¹.

Parece-nos que as distinções aqui apresentadas são extraordinariamente claras, no sentido em que as duas figuras não se podem confundir. A compensação concede ao credor um direito de se auto ressarcir do seu crédito, compensado- o com o crédito que o seu devedor tem sobre si e surge como uma forma de extinção da obrigação diversa do cumprimento. Diferentemente, a *exceptio* visa a dilação do tempo de cumprimento da obrigação de uma das partes até ao momento do cumprimento da obrigação da outra. É, por tanto um meio de pressão contra o credor que reclama o seu crédito sem cumprir ele próprio como também uma garantia contra as consequências de uma inexecução que pode vir tornar-se definitiva⁵².

⁵¹ PERSICO, *apud* ABRANTES, José João, *A Excepção de não Cumprimento do Contrato: Conceito e Fundamento*, 2ª ed, Lisboa, Almedina, 2012, p.145.

⁵² *Ibidem*, p. 176.

1.3.3- Excepção de não cumprimento e resolução do contrato por incumprimento

Uma terceira figura que muito se confunde com a excepção de não cumprimento é a resolução por incumprimento.

Do latim “*resolutio*” processo de reduzir algo a sua forma mais simples, de “*resolvere*” afrouxar, saltar, desfazer, é a extinção do contrato com eficácia retroactiva, por declaração unilateral e vinculada de uma das partes. A sua invocação encontra-se condicionada por motivos previstos na lei ou depende de convenção das partes (artº 432º, nº 1).

A resolução destrói a relação contratual validamente constituída, opera por um acto posterior de vontade de um dos contraentes que pretende fazer regressar as partes à situação em que eles se encontrariam se o contrato não tivesse sido celebrado ⁵³.

Quanto a seus efeitos, a resolução é equiparada a nulidade e anulabilidade do negócio jurídico (artº 433º).

Desse modo, a resolução pode ser legal e convencional. Ora, a resolução legal relaciona-se por via de regra, com o incumprimento de prestações contratuais, mas preveem-se hipóteses legais de resolução por quebra do equilíbrio contratual ou em caso da designada «resolução *ad mutum*», normalmente está associada à necessidade de protecção de uma das partes ⁵⁴. Por seu turno, a resolução convencional é a que resulta do acordo das partes, fundando-se assim, na liberdade contratual, podendo apresentar múltiplas facetas e depender de diferentes requisitos. Assim, as cláusulas da resolução baseiam-se no princípio da autonomia privada, tanto quanto à inclusão da cláusula como à determinação do respectivo conteúdo, razão pela qual as partes poderão estabelecer diferentes acordos de resolução com pressupostos e efeitos diversos ⁵⁵.

Para a temática que nos propomos, importa realçar aquela que vem a ser a resolução legal, mas concretamente a resolução por incumprimento. Reservados a essa matéria são os (artsº 801º nº 2; 802º e 793º).

⁵³ Vid. Ac do Supremo Tribunal de Justiça nº343/04.4TBMTJ. P.1.S1 de 24/01/2012, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁴ MARTINEZ, Pedro Romano, *Da Cessação do Contrato*, 3ªed, Lisboa, Almedina, 2015, p.68.

⁵⁵ Ibidem, pp. 80 e 81.

O preceito normativo do (artº 801º), faz referência a impossibilidade culposa. Assim, de acordo com o nº 2 do artº supracitado, se o incumprimento da obrigação derivar de facto imputável ao devedor, tem o credor o direito de resolver o contrato e de exigir a restituição da sua prestação por inteiro, se porventura já a tiver realizado. Na primeira parte do mesmo artigo, fala-se ainda de manter o direito a indemnização por parte do credor. Ficamos um tanto quanto confusos, pois não se percebe que sendo este o autor da resolução caber-lhe ainda o direito a indemnização.

No entanto, o legislador português determinou que a resolução não prejudica a indemnização, assim, *“se o credor não realizou a sua contraprestação e pretende realizá-la, pode fazê-lo, correspondendo neste caso a indemnização ao prejuízo total pela falta de cumprimento do devedor (interesse contratual positivo ou dano de incumprimento), o mesmo se passa quando o credor, tendo cumprido da sua parte, pretenda manter o cumprimento ou quando não possa obter a restituição da contraprestação. Isto resulta claramente do facto de a lei apresentar a resolução do contrato como uma simples faculdade de que o credor se pode aproveitar ou não (...) se o credor ainda não realizou a sua contraprestação, já não tem que a realizar, se a realizou, pode exigir, diz o (nº 2º) a sua restituição por inteiro, e não apenas na medida do enriquecimento do devedor, como se preceitua no (artº 795º), para o caso de impossibilidade não culposa”* ⁵⁶.

Não obstante, no caso de incumprimento parcial imputável ao devedor, reza o nº 1 do artº 802º que *“se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida”*. O nº 2 do mesmo artº , estipula que *“o credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância”*.

Contudo, tratando-se de incumprimento parcial não imputável ao devedor, estabelece o artº 793º a *“redução proporcional”* da contraprestação e que o credor que não tiver,

⁵⁶ LIMA Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. II Coimbra, 1986, pp. 58 e 59.

justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação pode *resolver* o negócio⁵⁷.

Durante muito tempo, em vários ordenamentos jurídicos, a resolução e a excepção do contrato não cumprido, foram tidas como uma única figura, pois ambos os meios apresentam pressupostos comuns, como por exemplo a existência de um contrato bilateral e a inexecução da contraprestação pelo outro contraente ⁵⁸.

Tais semelhanças não retira a possibilidade de assinalarmos diferenças em ambos os institutos. Ora, a resolução extingue definitivamente o vínculo obrigacional , ao passo que a excepção tem eficácia meramente suspensiva ou dilatória, deixando-o intacto e significando somente uma dilação no seu cumprimento; a resolução tem eficácia extintiva em relação ao contrato enquanto que a *exceptio* pressupõe a sua manutenção e visa assegurar a execução; a *exceptio* permite que o contraente antecipe ao incumprimento definitivo, recusando ele próprio o seu cumprimento se a contraparte não prestar simultaneamente é, por tanto, uma medida preventiva .

⁵⁷ A diferença entre a impossibilidade parcial da prestação, imputável ao devedor e a *impossibilidade* parcial da prestação por causa não imputável ao devedor, previstas nos artº 802º e 793º respectivamente, assenta-se no facto de que no incumprimento parcial por causa não imputável, só pode resolver o negócio se justificadamente não tiver interesse no cumprimento parcial da obrigação enquanto que se a impossibilidade for imputável ao devedor, o credor só não poderá resolver o negócio se a falta parcial do cumprimento tiver pequena importância, atendendo para o efeito o seu interesse na prestação.

⁵⁸ Cfr ABRANTES, José João, *A Excepção de não Cumprimento do Contrato: Conceito e Fundamento*, 2ª ed, Lisboa, Almedina, 2012, pp.146 e 147.

CAPÍTULO II- A exceção de não cumprimento do contrato- dogmática geral, *ratio legis* e *ratio iuris*

2.1 – O cumprimento das obrigações

Feito o enquadramento jurídico- circunstancial em sede de exceção de não cumprimento do contrato, achamos por bem, começar o segundo capítulo a falar do cumprimento obrigacional ou se preferirmos cumprimento do contrato.

O cumprimento existe sempre que, o devedor no âmbito da obrigação ou obrigações a que está vinculado realize a prestação ou prestações contratualmente estipuladas. Dito de outro modo, o cumprimento é a realização voluntária da prestação devida⁵⁹.

Este modo de extinção da obrigação está previsto no (artº 762º) onde se pode ler o seguinte: «o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado» (nº 1); «no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé» (nº 2).

Tecnicamente, o termo cumprimento, traduz-se na realização da prestação pelo devedor, espontânea ou compulsivamente, conforme os arts.º 762º e 817º. Todavia, a lei permite que a prestação seja efectuada por um terceiro, (artº 768º nº 2).

Assim, com a satisfação do interesse do credor, extingue-se a obrigação e, consequentemente liberta-se o devedor.

O cumprimento, para lá de ser um modo de extinção do vínculo obrigacional, constitui um meio de actuação juridicamente predisposto para a satisfação do interesse do credor⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. SERRA, Adriano Paes da Silva VAZ, *Do cumprimento como modo de extinção das obrigações*, in BMJ, nº 34, pp.5 e ss.

⁶⁰ Além do efeito externo ou reflexo sobre a vida da relação obrigacional, comum ao cumprimento e a todas as outras figuras versadas ao Capítulo VIII, há uma diferença essencial entre um e outras, proveniente da função própria do cumprimento no ciclo vital da obrigação. Ao mesmo tempo que realiza o cumprimento devido (acção ou omissão a que o devedor se encontra adstrito; prestação devida), sendo nesse sentido um meio de libertação do devedor, o cumprimento assegura, em princípio, a satisfação do interesse do credor. Assim sucede, mesmo quanto à obrigação de meios, quando a prestação não permita alcançar o resultado final almejado pelo titular do crédito. Nas obrigações de resultado, o cumprimento envolve já a produção do efeito a que tende a prestação ou do seu sucedâneo, havendo assim perfeita coincidência entre a realização da prestação devida e a plena satisfação do interesse do

2.2 – Princípios gerais

O adimplemento/pagamento, obedece a certos princípios gerais, impostos pela norma substantiva, sem os quais, como afirma Brandão Proença, poder-se-à questionar a sua regularidade ⁶¹. Esses princípios são: da boa fé, da pontualidade e da integralidade.

O princípio da boa fé, é um verdadeiro princípio constitutivo do direito das obrigações. Ora, esse princípio encontra-se consagrado no (artº 762º nº 2), da qual foi-lhe dado a seguinte redação: “*no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé*”.

Da norma supra podemos retirar que, não bastará a realização da prestação devida em termos formais, para que se verifique o cumprimento da obrigação, é necessário que se observem os múltiplos deveres acessórios de conduta (de protecção, informação e lealdade), isto é, o respeito aos ditames da boa fé, quer por parte de quem executa, quer por parte de quem exige a obrigação.

Assim, o devedor não pode cingir-se a uma observância puramente literal das cláusulas do contrato, se a obrigação tiver natureza contratual. Mais do que o respeito farisaico da fórmula na qual a obrigação ficou condensada, interessa a colaboração leal na satisfação da necessidade a que a obrigação se encontra adstrita. Por isso, ele se deve ater, não só à letra, mas principalmente ao espírito da relação obrigacional (...) Também ao credor incumbe não dificultar a actuação do devedor, realizando inclusivamente os actos (posar para o pintor aquém encomendou o seu retrato; facultar os elementos de informação necessários ao trabalho de auditoria que encomendou à firma especializada; etc) ou removendo as dificuldades que lhe caiba tomar a seu cargo, de harmonia com as circunstâncias de cada caso ⁶².

Cada parte deve não só cooperar com a contraparte, isto é, o credor receber o cumprimento e o devedor entregar em prazo razoável a documentação da coisa vendida, mas deve igualmente o credor abster-se da exigência do cumprimento, sempre que as

credor. Cfr. VARELA, João De Matos Antunes, *Das Obrigações Em Geral*, Vol. II, 7ªed, (11ª Reimpressão da 7ªed de 1997), Coimbra, Almedina, 2015, pp.9 e 10.

⁶¹ PROENÇA, José Carlos Brandão, *Lições De Cumprimento E Não Cumprimento Das Obrigações*, 1ªed, (reimpressão), Coimbra, Coimbra, 2015, p.55.

⁶² VARELA, João De Matos Antunes, *Das Obrigações Em Geral*, Vol.II, 7ªed, (11ª reimpressão da 7ªed de 1997), Coimbra, Almedina, p.12.

circunstâncias se mostrem pessoalmente pungentes para o devedor, o que quer dizer que as partes, devem evitar condutas que importunem os custos do cumprimento.

Em termos gerais o princípio da boa fé no cumprimento da obrigação visa apurar dentro do contexto da lei ou da convenção donde emerge a obrigação, os critérios gerais objectivos decorrentes do dever de lealdade e cooperação das partes, na realização cabal do interesse do credor com o menor sacrifício possível dos interesses do devedor, para a resolução de qualquer dúvida que fundamentalmente se levante, quer seja acerca dos deveres de prestação, quer seja a propósito dos deveres acessórios de conduta de uma ou outra das partes ⁶³.

Um outro princípio que se deve verificar no cumprimento da obrigação é o princípio da pontualidade. O princípio da pontualidade vem consagrado no artº 406º nº 1, onde se estipula que “*o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes, ou nos casos admitidos por lei*”.

A prestação deve ser feita no tempo, no modo e no lugar resultantes do acordo ou fixados supletivamente pelo legislador. Todavia, o devedor tem a obrigação de prestar a coisa ou facto, tal como nos termos em que se vinculou, sendo que não pode, por sua vez, o credor ser constrangido a receber do devedor, coisa/serviço diferente, ainda que se este tenha valor equivalente ou superior à prestação devida.

A excepção ao que acabamos de dizer, dá-se nos casos em que o credor, aceita a prestação de coisa diversa da que for devida, exonerando assim o devedor, artº 837º, a está situação (aceitação), dá-se o nome de dação em cumprimento ⁶⁴.

Ao princípio da pontualidade está ligada a ideia de que o devedor não pode exigir a redução da prestação estipulada, ou seja, não goza do chamado *beneficium competentiae*

⁶³ Idem, p.13.

⁶⁴ A dação em cumprimento é uma causa de extinção das obrigações além do cumprimento, ela possibilita que um credor aceite do seu cliente devedor, receber um objecto para cumprimento parcial ou integral de uma obrigação pecuniária. Por exemplo: se um particular contrai um crédito à habitação, ficando para o efeito vinculado a pagar uma dívida total no valor de 200.000 £, ora, pode no futuro, com a aceitação do credor extinguir esse crédito à habitação através da dação em cumprimento, transferindo a propriedade do imóvel para o banco. Com tudo, a dação em cumprimento só extingue a dívida na sua totalidade se o valor do imóvel for igual ou superior ao valor total em dívida, assim, se o devedor tiver em dívida do seu crédito à habitação o valor de 200.000 £ e o banco avaliar o imóvel em 120.000 £, o devedor apenas pode obter a dação em cumprimento do valor de 120.000 £ da dívida, ficando sem a propriedade da casa e ainda adstrito ao valor da diferença entre o valor total em dívida e o valor do imóvel, *in casu* 80.000 £.

⁶⁵. É, por tanto, irrelevante a situação económica do devedor. O devedor, terá de cumprir, ainda que a realização da prestação o deixe na penúria (artº 601º e 604º). Entretanto, estarão isentos de penhora e sua consequente execução, os bens que se acham necessários para à satisfação das necessidades primárias do executado ⁶⁶.

Corolário do princípio da pontualidade é o princípio da integralidade, regulado no nº 1 do artº 763º, o princípio da integralidade se traduz no facto de que a realização da prestação deve ser efectuada integralmente e não por partes, não podendo o credor ser forçado a aceitar o cumprimento parcial.

Contudo, nada obsta que as partes optem pelo pagamento fraccionado⁶⁷ da prestação, desde que esteja previamente convencionado, todavia, esse acordo, não impede o devedor de realizar por inteiro a prestação a que está adstrito (artº 763º nº 2).

A não aceitação fraccionada da prestação (recusa do credor), não constitui mora do credor, mas sim do devedor, não só quanto a parte que este se propunha a realizar, mas quanto a toda a prestação devida. Deste modo, a aceitação do credor, não evita que o devedor fique em mora, quanto à parte restante da prestação, salvo se estas prorrogarem o prazo relativamente ao cumprimento da parte em falta.

O cumprimento em prestações é permitido nos seguintes casos: de imputação de cumprimento (artº 784º nº 2); no caso de pluralidade de fiadores que gozem do benefício da divisão (artº 847º) e ainda, nos casos em que tal situação resulta dos usos ou da boa fé (artº 762º).

⁶⁵ É um favor concedido ao devedor submetido a execução e que fizesse cessão de bens, na forma de retenção de pequena parte desses bens a fim de prover a sua subsistência. Definição retirada da internet, através do site: www.ambitojuridico.com.br, consultada em 02/04/16.

⁶⁶ São insusceptíveis de penhora, os bens imprescindíveis a qualquer economia doméstica que se encontrem na residência permanente do executado, salvo se se tratar de execução destinada ao pagamento do preço da respectiva aquisição ou do custo da sua reparação; os instrumentos indispensáveis aos deficientes e os objectos destinados ao tratamento de doentes (artº 822º alíneas f) e g), do CPC), são ainda impenhoráveis os instrumentos de trabalho e os objectos indispensáveis ao exercício da actividade ou formação profissional do executado (artº 823º nº2, do CPC, com as devidas excepções das alíneas a), b) e c) do mesmo artº).

⁶⁷ A convenção do cumprimento em prestações, ou por partes, é relativamente vulgar nas obrigações pecuniárias provenientes de certos tipos de compras (automóveis, aparelhos electrodomésticos, de rádio, televisão, etc.), provenientes de propostas em massa, especialmente dirigidas a certas camadas da classe média. A possibilidade do cumprimento parcial pode resultar, indirectamente, do facto de se terem estabelecido prazos diferentes para o cumprimento de duas ou mais prestações parciais, da circunstância de se editar uma obra em fascículos ou uma colecção em volumes, etc. Cfr. VARELA, João De Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol.II, 7ªed, (11ª reimpressão da 7ªed de 1997), Coimbra, Almedina, p.17.

2.3- Requisitos

Para lá dos princípios gerais que acima referimos, o cumprimento das obrigações também está sujeito a alguns requisitos.

O primeiro requisito é a capacidade para o cumprimento. A capacidade está dividida entre a capacidade do devedor e a capacidade do credor.

Relativamente a capacidade do devedor, a lei não exige que a prestação seja efectuada por um devedor em pleno gozo das suas capacidades de exercício, isto é, ainda que a prestação seja efectuada por um incapaz, a mesma continua a ser válida, salvo se se tratar de um acto de disposição ⁶⁸. É, de resto o que se pode tirar do nº1 do artº 764º, isto significa que o legislador não terá encarado o acto de cumprimento como necessário acto jurídico negocial a exigir a presença constante de um *animus solvendi* ⁶⁹.

Deste modo, “se a prestação consistir num puro acto material (pintar um quadro, reparar um muro, limpar uma dependência lavar e passar peças de vestuário, etc.), numa omissão ou num mero acto jurídico de entrega (como nas obrigações de prestar coisa determinada, quando o domínio da coisa se tenha já transferido para o credor, ou nas obrigações de restituir), a incapacidade do devedor não afecta a validade do cumprimento, porém, se a prestação pressupõe uma operação de escolha do devedor (como pode suceder nas obrigações genéricas ou alternativas), ou se por qualquer outra razão, o cumprimento exprime um acto de alienação ou oneração de bens, já a incapacidade do devedor torna o acto anulável”⁷⁰.

A capacidade do devedor também é exigida nos casos em que o cumprimento se traduz na realização de um verdadeiro negócio jurídico, por exemplo, realização do contrato de escritura prometido em relação ao contrato promessa de compra e venda.

Não obstante, nos casos em que o cumprimento constitui um acto de disposição, poder-se-à manter a eficácia do cumprimento, por oposição do credor ao pedido anulatório, que acima referimos, demonstrando que o devedor não teve nenhum prejuízo com a

⁶⁸ São actos de disposição aqueles com que se diminui o património ou se altera a sua composição quanto a elementos estáveis do património, aqueles cuja utilização se não faz normalmente pela alienação. Vide MENDES, João De Castro, *Direito Civil*, Vol.I, FDL, Lisboa, 1972, pp.62 e 63.

⁶⁹ PROENÇA, José Carlos Brandão, *Lições De Cumprimento E Não Cumprimento Das obrigações*, 1ªed, (reimpressão), Coimbra, Coimbra, 2015, p.61.

⁷⁰ Cfr. VARELA, João De Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ªed, (11ª reimpressão da 7ªed de 1997), Coimbra, Almedina, 2015, pp.20 e 21.

prestação efectuada, (artº 764º nº 1, *in fine*). Por sua vez, o devedor incapaz que efectua a prestação devida, não tem em regra, vantagem em pedir a anulação, uma vez que estaria obrigado a dar logo ao credor o que ele exigisse, só teria vantagem nos casos em que o cumprimento lhe foi prejudicial, como se pagou antes do vencimento, uma dívida a prazo ou uma dívida alternativa com uma prestação inconveniente⁷¹.

No que tange a capacidade do credor, a lei exige que este seja capaz para receber a prestação, conforme inciso no artº 764º nº 2. Assim, tendo sido efectuado o pagamento e não tendo o credor a capacidade para o receber, o pagamento será nulo e consequentemente, não se libera o devedor.

Deste modo, a pedido do representante legal ou do próprio incapaz, o devedor poderá ser obrigado a pagar de novo ao representante do credor, o que se traduz no velho brocardo “quem paga mal paga duas vezes”⁷².

Contudo, a lei admite⁷³ excepções a regra. Essas excepções estão previstas no nº 2. A primeira é a de que a prestação feita ao incapaz chegar ao poder do seu representante, a segunda é a de o património do incapaz ter enriquecido com a prestação 2ª parte do nº 2 do artº 764º, no entanto, na primeira hipótese, o cumprimento considera-se eficaz e na segunda hipótese, considera-se eficaz o cumprimento, na medida do que se locupletou.

Creemos que em ambas as hipóteses, não seria justo se se obrigasse o devedor a efectuar um outro pagamento. É por exemplo, “o caso de um menor receber uma prestação pecuniária, que lhe fosse devida, e entregar o dinheiro ao seu representante ou guardar,

⁷¹ Cfr. SERRA, Adriano Paes Da Silva Vaz, *Do Cumprimento Como Modo De Extinção Das Obrigações: Estudo de Política Legislativa, Separata do nº 34 do BMJ*, Lisboa, 1953, p.23.

⁷² Aqui, já não faz sentido a distinguir factos materiais e actos de disposição, em ambos os casos, o cumprimento é anulável e pode-se requerer novo cumprimento, que há-de ser feito ao representante legal do incapaz.

⁷³ A necessidade de protecção do incapaz, leva a que se considere ineficaz o pagamento que lhe seja feito. Este destina-se a operar a extinção do crédito e, tratando-se, assim, de um acto de disposição, exige a capacidade do credor. Mas, se o objecto da prestação feita ao incapaz chegou ao poder do representante legal deste ou se o credor enriqueceu com ela, deixa de haver motivo para anulação do pagamento, na medida correspondente, devendo reconhecer-se ao devedor, em face do pedido de novo pagamento do credor, ou do seu representante, um meio de defesa, isto é, uma excepção (*exceptio doli*). Parece isto melhor do que admitir, sem mais nada, que pode ser exigido novo pagamento (anulando-se o primeiro), embora com a possibilidade de compensação (verificando-se os respectivos requisitos) entre a dívida originária e a de restituição do enriquecimento injustificado. Cfr. SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Do Cumprimento Como Modo De Extinção Das Obrigações: Estudo de Política Legislativa, Separata do nº 34 do BMJ*, Lisboa, 1953, p.28.

se chegar apenas uma parte da prestação ao poder do representante, é válido o cumprimento nessa parte”⁷⁴.

Um outro requisito, indispensável ao cumprimento das obrigações é o poder para dispor do objecto da prestação. Desse modo, para que o cumprimento seja efectivamente válido, isto é, se consistir num acto de disposição, é necessário que o devedor possa dispor da coisa que prestou.

Assim, nos termos do nº 1 do artº 765º, se o devedor carece de poder de disposição, a sua prestação é nula, ainda que se efectue *solvendi causa*. Tal falta de disposição acontece quando: a) de pertencer a terceiros a coisa prestada; b) de não ter o devedor capacidade para alienar a coisa; c) ou ainda de carecer de legitimidade para o fazer⁷⁵.

Desse modo, “ao credor de boa fé, é-lhe dado o direito de impugnar o cumprimento feito pelo devedor com coisa de que não podia alhear, ao mesmo tempo confere-lhe o direito a uma indemnização”, prevista no artº 765º nº 1. Porém, “o devedor, quer tenha agido de boa fé, quer de má fé, prestando assim, coisa de que não lhe é lícito dispor, não pode impugnar o cumprimento, salvo nos casos em que esteja disposto a prestar uma nova prestação” com coisa sua (atrº 765º nº 2), pois não teria sentido, neste caso, permitir ao devedor invocar a ausência da disponibilidade da coisa entregue.

⁷⁴ Nesse sentido, Vid. LIMA, Fernando Andrade Pires De e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 2ªed, Revista e Actualizada, Coimbra, 1981, pp. 5 e 6.

⁷⁵ A mulher casada, a quem a lei priva do direito de disposição sobre os bens trazidos para o matrimónio, não pode também empregar estes bens no pagamento das suas obrigações, salvo tratando-se de casos em que responde pelas suas dívidas com todos os seus bens, independentemente dos direitos do marido. Neste caso, o credor a quem se tenha entregado um destes bens em função de pagamento poderá opor uma excepção à repetição feita com o marido. Cfr. SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Do Cumprimento Como Modo De Extinção Das Obrigações: Estudo de Política Legislativa, Separata do nº 34 do BMJ*, Lisboa, 1953, p.29.

2.4- Não cumprimento das obrigações

2.4.1- Modalidades do não cumprimento

A regra é a da realização da obrigação de forma espontânea, ficando, para o efeito, ambas as partes satisfeitas, isto é, o interesse do credor é realizado, conforme o acordado e consequentemente o devedor é liberado do vínculo a que se encontrava adstrito. No entanto, nem sempre a obrigação é cumprida, prestação devida não é realizada, há uma falta de acção por parte de uma das partes.

Assim, apesar da norma estabelecida no artº 406º, os vínculos obrigacionais podem ser violados pelo sujeito sobre quem recai o dever, simples ou complexo de prestação, com a consequente insatisfação do interesse do credor. Ora essa violação significa que a prestação devida não foi realizada nem pelo devedor, nem por terceiro e que a mesma, não se extinguiu por nenhuma das outras causas de satisfação além do cumprimento, previstas no CC. A esta violação é que a doutrina dominante chama de incumprimento do contrato, ou não cumprimento do contrato ⁷⁶.

Existem três modalidades doutrinariamente assentes relativamente a incumprimento das obrigações. Estas correspondem a impossibilidade do cumprimento, à mora e ao cumprimento defeituoso.

Seguir-se-á a análise minuciosa de cada uma dessas modalidades.

2.4.2- Impossibilidade do cumprimento: imputáveis ao devedor e imputáveis ao credor

Primeiramente, indicamos a impossibilidade do cumprimento como uma modalidade de não cumprimento. Torna-se imperioso distinguir a impossibilidade originária da impossibilidade superveniente. A prestação diz-se originária quando existia já na data em que o negócio jurídico se concluiu, e, no caso de legado, no momento da abertura da herança, pois é nestas datas, respectivamente que devem verificar-se os requisitos de

⁷⁶ Vid. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito Das Obrigações: Transmissão E Extinção Das Obrigações, Não Cumprimento E Garantias Do Crédito*, Vol.II, 7ªed, Coimbra, Almedina, 2010, p.235.

validade daquele negócio, a impossibilidade originária da prestação, impede a obrigação de nascer⁷⁷.

Por sua vez, a impossibilidade superveniente dá-se nos casos em que a prestação é originariamente possível, mas, venha mais tarde a tornar-se extremamente difícil, em consequência de eventos extraordinários, a ponto de só poder fazer-se com sacrifícios absolutamente desproporcionados ou com graves riscos ou com violação de deveres de maior importância⁷⁸.

A impossibilidade da prestação está regulada no artº 790º e ss., e 801º e ss. Esta, ocorre nos casos em que já não é possível satisfazer aquilo que as partes definiram como prestação no negócio jurídico⁷⁹.

Ora, a impossibilidade do incumprimento pode ser por causas imputáveis ao devedor e por causa não imputáveis ao devedor.

No nº 1 do artº 790º, estão contempladas as hipóteses de incumprimento por causa não imputável ao devedor. O Devedor, pode ver-se na impossibilidade de cumprir por circunstâncias total ou parcialmente estranhas à sua vontade, de natureza objectiva ou subjectiva⁸⁰. Tais causas de inviabilidade não imputáveis ao devedor, são situações resultantes da força maior ou do caso fortuito⁸¹.

Assim, por exemplo, a destruição do quadro ou joia que devia ser entregue ao credor; se o devedor não puder restituir a coisa devida, porque, sem culpa sua lhe foi roubada; não entregar a obra, por esta ruir por razões de força maior, ou ainda, se este não pagar o prémio de seguro, porque está gravemente doente e não pode encarregar outrem para efectuar o pagamento, não deve impor-se-lhe responsabilidade.

⁷⁷ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Impossibilidade Superveniente Desaparecimento Do Interesse Do Credor: Casos De Não Cumprimento Da Obrigação*, in *Separata do BMJ*, nº 46, 47 e 48, Lisboa, 1955, pp. 6 e 7.

⁷⁸ Idem, p.9

⁷⁹ Só a impossibilidade absoluta libera o devedor e não a impossibilidade relativa que se traduz na simples dificuldade ou onerosidade da prestação. A prestação torna-se impossível quando por qualquer circunstância (legal, natural e humana), o comportamento do devedor se torna inviável. Cfr, NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, Coimbra, 1996, p.536.

⁸⁰ A impossibilidade diz-se absoluta ou objectiva, quando a prestação não pode ser feita por ninguém, ou seja, é intrínseca a prestação; é relativa ou subjectiva quando a prestação não pode ser feita pelo devedor, mas poderia sê-lo por outrem.

⁸¹ O caso fortuito e a força maior, são ambos factos jurídicos naturais extraordinários que ultrapassam a vontade humana. Porém, no primeiro não se conhece a causa e no segundo conhece-se a causa que gerou a repercussão jurídica.

O legislador ordinário adoptou como padrão da impossibilidade com efeito exoneratório a impossibilidade objectiva, absoluta, definitiva e total, a impossibilidade não imputável ao devedor, ocorre, sempre que o devedor, mesmo estando disposto a sacrifícios que vão para além daqueles que normalmente recaem sobre ele, não poderia cumprir, nem ele, nem qualquer outra pessoa, pois trata-se de um obstáculo inultrapassável.

Desse modo, todas as causas geradoras da impossibilidade objectiva da prestação devedora, que não sejam imputáveis ao devedor, originam a extinção da obrigação ⁸².

Diferente da impossibilidade do cumprimento da prestação por causas não imputáveis ao devedor, é a impossibilidade por causas imputáveis ao devedor.

Efectivamente, a impossibilidade do cumprimento por causas imputáveis ao devedor, obriga o devedor a indemnizar o prejuízo causado ao credor. É, o artº 798º que estipula que “o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação, torna-se responsável pelo prejuízo que causar ao credor”.

Vejamos o seguinte exemplo: se A vende a B 300 garrafas de vinho do Porto da colheita que teve em certo ano, porém, se toda a garrafeira for destruída por culpa do vendedor, antes do mesmo ter cumprido a obrigação, *in casu*, está-se, perante a uma impossibilidade da prestação imputável ao devedor, e que a mesma é equiparada ao incumprimento definitivo.

Todavia, tratando-se de obrigações bilaterais, a lei concede ainda ao credor, para além do direito a indemnização, a faculdade de resolver-lo ⁸³, exigindo assim a restituição da sua contraprestação, se já houver efectuado, conforme o inciso no nº 2 do artº 801.

⁸² Mais exemplos sobre a impossibilidade por causa não imputáveis ao devedor, vid. NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 15ªed, Revista e Actualizada, Ediforum, Lisboa, 2006, pp. 722 e 723.

⁸³ Se o credor não realizou a sua contraprestação e pretende realizá-la, pode fazê-lo, correspondendo, neste caso, a indemnização ao prejuízo total pela falta de cumprimento do devedor (interesse contratual positivo ou dano de incumprimento), o mesmo se passa, quando o credor, tendo cumprido da sua parte, pretenda manter o cumprimento, ou quando não possa obter a restituição da contraprestação. Isto resulta claramente do facto de a lei apresentar a resolução do contrato como uma simples faculdade de que o credor se pode aproveitar ou não. Resolvendo o contrato, se o credor ainda não realizou a sua contraprestação, já não tem que a realizar. Se a realizou, pode exigir a sua restituição por inteiro, e não apenas na medida do enriquecimento do devedor. Em ambos os casos o credor pode ter prejuízos, e em relação a eles há direito a respectiva indemnização. O direito a resolução e à restituição da contraprestação existe, na verdade, independentemente do direito a indemnização. Vid. LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João De Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 2ªed, Revista e Actualizada, Coimbra, 1981, p.58.

A resolução que aqui se faz referência, opera-se por meio de declaração unilateral, receptícia do credor, e se torna irrevogável logo que se der a conhecer ao devedor. Cfr. artº 436º.

Se A contrata uma orquestra para um baile, pagando já 50% da prestação, e ela deixa de comparecer, nada adiantará para o organizador do evento (credor) que a orquestra disponha-se a apresentar-se no dia seguinte, uma vez que todos os convidados já estavam presentes na data agendada. Nesses casos, o credor não só tem o direito a uma indemnização, como também poderá resolver o contrato. A indemnização que aqui se alude e cumula com a resolução, “visa colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato não tivesse sido celebrado (danos emergentes e lucro cessante), trata-se, no entanto, de um interesse contratual negativo ou dano *in contrahendo*”⁸⁴.

Deste modo, “ao prejudicado, cabe sim o direito de exigir o ressarcimento, quer dos danos que se apresentam numa desvalorização ou perda patrimonial, quer ainda dos que traduzem numa não valorização ou frustração do ganho, por tanto, não só exonerá-lo da obrigação que assumiu, ou restituir-lhe a prestação por ele já efectuada, mas também indemnizá-lo do prejuízo que teve pelo facto de celebrar o contrato”⁸⁵.

A obrigação de indemnizar a cargo do devedor, está dependente de certos pressupostos nomeadamente:

- Ilícitude na responsabilidade obrigacional- relação de desconformidade entre a conduta devida e o comportamento observado. Como formas de exclusão da ilicitude, podemos mencionar a excepção de não cumprimento do contrato e o direito de retenção.
- Culpa na responsabilidade obrigacional- não basta que a conduta do devedor seja ilícita. Para que haja lugar a obrigação de indemnizar é necessário que a culpa recaia sobre o devedor (artº 798º). A culpa existe sempre que o devedor, perante as circunstâncias do caso, não só devia, como podia ter agido de outro modo. Daí a conduta deste ser pessoalmente reprovável. A culpa pode revestir-se de duas formas: dolo ou a negligência. No *dolo* (vontade de não cumprir), o devedor tem conhecimento do efeito da sua conduta, (falta de cumprimento da obrigação), sabe *ab initio* que é ilícita, mas mesmo assim, aceita esse resultado⁸⁶; e, a *negligência* (consciente ou

⁸⁴ COSTA, Mário Júlio De Almeida, *Noções De Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1985, p. 295.

⁸⁵ COSTA, Mário Júlio De Almeida, *Direito Das Obrigações*, 6ªed, Coimbra, Almedina, 1994, pp. 918 e 919.

⁸⁶ É o caso do motorista de táxi que não vai buscar o cliente à hora que lhe foi indicada, para forçar a perder o comboio, ou porque lhe apareceu, entretanto, um serviço mais lucrativo, que ele prefere à obrigação anteriormente contraída, ou porque admitiu a possibilidade de realizar um outro serviço a tempo de não perder o primeiro, mas na disposição de sacrificar este em caso de incompatibilidade. Vid.

inconsciente), ocorre sempre que o devedor represente a possibilidade de ocorrência do incumprimento, mas actua sem se conformar com a sua verificação, ou nem sequer chegue a representar essa possibilidade. A censura que é feita ao devedor, cinge-se apenas em ele não ter agido com a diligência ou com o discernimento devido, para ter evitado a falta de cumprimento da obrigação ⁸⁷.

- Dano na responsabilidade obrigacional- só há obrigação de indemnizar, se o credor sofrer com ela prejuízo. Ora, o dano (artº 562º) é toda a lesão a um bem juridicamente protegido, causando prejuízos de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Não obstante, sem que tenha ocorrido dano a alguém, não há que se cogitar em responsabilidade civil, o dano será sempre elemento *sine qua non* na configuração da responsabilidade civil. Não há responsabilidade civil por tentativa. Ao dano indemnizável cabe não só o dano emergente ⁸⁸ como também o lucro cessante ⁸⁹.

Assim “ uma indemnização sem dano importaria enriquecimento ilícito, sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse (...) porquanto, o objectivo da indemnização como todos nós sabemos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do acto ilícito, e se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência não haverá o que ressarcir (...) o dano é não somente o facto constitutivo, mas também determinadamente do dever de indemnizar” ⁹⁰.

- Nexo de causalidade na responsabilidade obrigacional- o artº 563º consagra que “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”. Dessa norma, podemos facilmente chegar a conclusão que a obrigação de indemnizar não recai sobre quaisquer danos, mas somente

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ªed, (11ª reimpressão da 7ªed de 1997), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 97 e 98.

⁸⁷ Idem.p.9.

⁸⁸ Danos emergentes correspondem situação em que alguém, em consequência da lesão vê frustrada uma utilidade que seja já tinha adquirido. A grosso modo, podemos dizer que é tudo aquilo que o credor efectivamente perdeu.

⁸⁹ Nos lucros cessantes pressupõe-se que o lesado tenha, no momento da lesão um direito ao ganho que se frustrou, correspondendo os lucros cessantes aos prejuízos que advieram ao lesado por ter aumentado, em consequência da lesão a seu património, tais prejuízos, em termos de direito, não correspondem aos custos fixos (despesas com o pessoal, rendas, fornecimentos e serviços externo, etc). Cfr. Ac do Supremo Tribunal de Justiça nº SJ200412160039072 de 16/12/2004, facilmente acessível www.dgsi.pt. A perda de lucro que se teria auferido em negócio que se não concretizou por impossibilidade de a Autora assumir a encomenda feita por terceiro, na circunstância do incumprimento da Ré, que se havia obrigado a fornecer-lhe as correspondentes mercadorias, corresponde a um efectivo lucro cessante. Cfr. Ac do Tribunal da Relação de Lisboa nº 1295/08.7TBAMD.L1-2 de 01/07/2010, disponível em www.dgsi.pt.

⁹⁰ Internet in <https://jus.com.br/artigos> 11365. O dano na responsabilidade civil. Consultada em 25/04/16.

sobre aqueles que se encontrem em determinado nexos causal com o acontecimento que dá lugar a indemnização.

O legislador português adoptou a doutrina mais generalizada entre os autores que é a teoria da causalidade adequada ⁹¹, primeiramente formulada por Galvão Teles ⁹², e que mais tarde foi seguida por Vaz Serra.

Assim, não podendo considerar-se como causa em sentido jurídico toda e qualquer condição, há que restringir a causa àquela ou àquelas condições que se encontrem para com o resultado numa relação mais estreita, isto é, numa relação tal que seja razoável impor ao agente responsabilidade por esse mesmo resultado (...) o problema não é um problema de ordem física ou, de um modo geral, um problema de causalidade tal como pode ser havido nas ciências da natureza, mas um problema de política legislativa: saber quando é que a conduta do agente deve ser tida como causa do resultado, a ponto de ele ser obrigado a indemnizar (...) parece razoável que o agente responda só pelos resultados, para cuja produção a sua conduta era adequada, e não por aqueles que tal conduta, de acordo com a sua natureza geral e o curso normal das coisas, não era apta para produzir e que só produziram em virtude de uma circunstância extraordinária (...) uma condição só é causa quando, segundo a sua natureza geral, apareça como adequada para produzir danos ⁹³.

O que acabamos de ver, são os casos em que há uma impossibilidade total, ou seja, a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo. Por conseguinte, tratando-se de prestação parcialmente impossível, o credor poderá escolher entre a resolução do negócio e o cumprimento do que for possível, reduzindo nesse caso a sua contraprestação, se for devida. É necessário que haja um equilíbrio entre a resolução do contrato e o interesse do credor, não podendo este, resolver o contrato se o

⁹¹ Um dos problemas mais complexos que a teoria da indemnização suscita é o de apreciar se entre o dano e o acontecimento que obriga a indemnização existe conexão causal suficiente. Para resolver tal quesito, várias teorias foram levantadas até chegar a teoria por nós hoje perfilhada, nomeadamente: a teoria da condição sine qua non ou da equivalência das condições; teoria das condições com importância especial; teoria da interrupção do nexos causal; e a teoria da causalidade adequada, por nós acolhida.

⁹² Determinada acção ou omissão será causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias conhecidas do agente e as mais que um homem normal poderia conhecer, essa acção ou omissão se mostrava, face à experiência comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes probabilidades de o originar. TELLES, Galvão, *apud* LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ªed, Revista e Actualizada, Coimbra, 1987. p.587.

⁹³ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Obrigação De Indemnização: Colocação, Fontes, Dano, Nexos Causal, Extensão, Espécies De Indemnização. Direito Da Abstenção E de Remoção*, in *Separata* do BMJ nºs 83 e 84, Lisboa, 1959, pp. 27 e ss.

incumprimento parcial tiver escassa relevância para o seu interesse, artº 802 nº1 e 2, ainda assim, o credor terá direito a ser indemnizado.

Ao credor, é dada ainda uma terceira hipótese, àquela a que a esmagadora doutrina chama de *commodum* de representação ⁹⁴, isto é, aquilo que no património do devedor substitui o objecto originariamente devido, artº 803º nº 1. O credor que reclamar o cómodo representativo, ser-lhe-á reduzido o montante da indemnização que tenha direito, na medida correspondente artº 803º nº 2, o *commodum* é muito frequente nas situações de cumprimento defeituoso do qual, mais adiante nos ocuparemos.

Contudo, a falta de cumprimento em que se baseia a *exceptio*, é uma denegação positiva (legítima), sendo que, aquele que a invoca, ainda não efectuou o cumprimento da prestação a que estava adstrito ou não ofereceu o cumprimento simultâneo da obrigação. O que judicial ou extrajudicialmente demanda o cumprimento, suspende a sua prestação até a realização da contraprestação pela outra parte, porquanto, esta ainda não realizou uma prestação quando já o deveria ter feito.

Questão importante é saber se a *exceptio* pode ser invocada no caso de incumprimento definitivo?

Ora, postos até aqui, parece-nos que estamos em condições de dar resposta a esse quesito. A *exceptio*, não pode ser invocada em caso de incumprimento definitivo, ou seja, é necessário que a prestação em causa, ainda seja possível de ser executada e que ao mesmo tempo mantenha-se o interesse do credor pela execução da obrigação.

Como realça José Abrantes, “ a excepção apenas pode ser invocada perante uma situação de incumprimento não definitivo, se ao contrário, se tratar de uma inexecução definitiva, não faz sentido opor a excepção de inexecução, que supõe a manutenção do vínculo contratual, antes devendo ser invocada a resolução, cujo efeito é a extinção do referido vínculo (...) a *exceptio* tem efeitos meramente transitórios, pressupondo uma prestação ainda por cumprir e a sua suspensão «sendo o cumprimento ainda possível» até que a respectiva contraprestação seja por sua vez executada «o que também é ainda

⁹⁴ Pode suceder também, no caso de impossibilidade da prestação por facto imputável ao devedor, que dessa impossibilidade resulte ou a aquisição de um direito por parte do devedor contra alguém ou a aquisição de um direito sobre certa coisa (...) tendo em atenção isso, é que também para o âmbito, pois, do não cumprimento por culpa do devedor, o legislador prescreveu o direito do credor ao benefício de representação, por exemplo: em 200 £ e se a indemnização devida pelo não cumprimento for de 600, a dívida ficará reduzida a 400 £. Cfr. FARIA, Jorge Leite Ribeiro de, *Direito Das Obrigações*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 1990, pp.438 e 439.

possível», enquanto o outro contraente não cumprir, o excipiente recusa-se a realizar a sua prestação e, recusando-se, estimula a contraparte a realizar a dela, invocando a excepção de inadimplência, o excipiente quer executar o contrato, enquanto que, se for invocada a resolução por incumprimento, o objectivo é sem sombras de dúvidas o de destruí-lo”⁹⁵.

Outrossim, cumpre-nos salientar, que o instituto em causa pode ser invocado por qualquer uma das partes independentemente da culpa⁹⁶, salvo as situações da mora do credor.

2.4.3- Mora do devedor: requisitos, consequências e extinção

A falta de cumprimento da obrigação pelo devedor, não só constitui infração quando está se torna impossível por causa imputável a este, mas também quando há uma mora da sua parte.

Deste modo, a mora do devedor (*mora solvendi*) será “ o atraso (demora ou dilatação) culposo no cumprimento da obrigação. O devedor incorre em mora quando por causa que lhe seja imputável, não realiza a prestação no tempo devido, continuando a prestação a ser ainda possível, *mora est dilatio, culpa non carens debiti solvendi*”⁹⁷.

A *mora solvendi* como modalidade de incumprimento das obrigações, está regulada nos artsº 804º e ss., e verifica-se sempre que as partes tenham convencionado um prazo para o cumprimento da obrigação. A mora do devedor é constituída por um elemento objectivo (não realização do pagamento) e um elemento subjectivo (inexecução culposa de sua parte).

Há, porém, situações em que não se admite a mora, isto é, se o devedor faltar com o cumprimento, não se falará de mora, mas sim de não cumprimento, é, por tanto, nos casos em que a falta se refere a uma prestação de conteúdo negativo (*non facere*).

⁹⁵ Nesse Sentido, ABRANTES, José João, *A Excepção De não Cumprimento do Contrato: Conceito E Fundamento*, 2ªed, Coimbra, Almedina, 2012, p.75.

⁹⁶ A excepção não pressupõe um incumprimento imputável ao devedor, pois, sua natureza não se apresenta como sancionatória, baseando-se assim na culpa daquele a quem é imposta. Antes, pelo contrário, essa figura jurídica, baseia-se no cumprimento simultâneo das obrigações sinalagmáticas.

⁹⁷ VARELA, João De Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ªed, (11ª reimpressão da 7ªed de 1997), Coimbra, Almedina, 2015, p.114.

Já dissemos que a mora do devedor acontece, sempre que este por sua culpa não cumprir a prestação a que está adstrito, na forma, tempo e lugar estipulado. Entretanto, há casos em que mesmo tendo a prestação um prazo certo para a sua realização, o facto de ela não ser realizada no tempo previsto, implica desde logo, o não cumprimento definitivo, pois houve uma perda do interesse do credor ⁹⁸, artº 808º, são as chamadas obrigações fixas absolutas. Assim, “se o transporte contratado não chegar a tempo de levar X no espectáculo musical, se o bolo de aniversário encomendado não é entregue no dia da festa ou se houve falta atempada de entrega de uma colecção de calçado” ⁹⁹, não configuram uma situação de mora, mas sim, um incumprimento definitivo e que por esta razão pode o credor rejeita-los.

Contudo, como se pronunciou a Relação de Coimbra, “a mora do devedor não permite por via de regra, com ressalva da existência de convenção em contrário, a imediata resolução do contrato, a menos que se transforme em incumprimento definitivo, o que pode acontecer se lhe sobrevier a impossibilidade da prestação, se o credor perder interesse na mesma, ou finalmente em consequência da inobservância do prazo suplementar e perentório que o credor fixe razoavelmente ao devedor relapso” ¹⁰⁰.

O legislador consagrou os requisitos da constituição em mora, por causa imputável ao devedor, no artº 804º nº 2, assim, para que haja constituição em mora é necessário que:

- a) Haja atraso ou retardamento na prestação;
- b) Existência de uma pretensão plenamente eficaz e vencida ¹⁰¹;
- c) Imputabilidade ao devedor.

⁹⁸ Entende-se por perda do interesse do credor, o desaparecimento objectivo da necessidade que a prestação visa satisfazer. Essa perda de interesse não existe nas obrigações pecuniárias, uma vez que mesmo estando o devedor em mora (atraso no cumprimento), o cumprimento da mesma continua a revestir todo o interesse para o credor.

⁹⁹ Mais exemplos sobre perda do interesse do credor ou recusa do cumprimento, Vid. Anotações ao artº 808º, LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 2ªed, Revista e Actualizada, Coimbra, 1981, p. 71.

¹⁰⁰ Nesse sentido, Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, nº 1283/06.8TBAGD.C1, de 12/02/ 2008, disponível em www.dgsi.pt

¹⁰¹ Se a dívida não está vencida, não pode haver mora, que implica a ideia de atraso no cumprimento, se ao crédito pode ser oposta uma excepção perentória, não pode haver mora, pois o devedor não pode com essa excepção, afastar o direito do credor, não pode haver mora nas obrigações naturais ou imperfeitas, pois o credor não pode exigir o seu cumprimento.

Do requisito de ser o crédito plenamente eficaz e vencido, resulta que ele deve ser certo e líquido, pois se o crédito não é certo, não pode censurar-se o devedor por não cumprir e, igualmente, se não é líquido, uma vez que o devedor não sabe quanto há-de entregar (*in illiquidis non fit mora*). Cfr. SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Impossibilidade Superveniente, Desaparecimento Do Interesse Do Credor: Casos De Não Cumprimento Da Obrigação*, Lisboa, Separata do BMJ, nº 47 e 48, 1955, pp. 303 e ss.

Em qualquer dos casos, o devedor só fica constituído em mora depois de lhe ter sido feita uma interpelação ¹⁰² judicial ou extrajudicial para cumprir, artº 805º nº 1.

Insta ressaltar que, independentemente da interpelação, haverá sempre mora debitória nos casos previstos no nº 2 do artº 805º, nomeadamente:

- a) “Se a obrigação tiver prazo certo”;
- b) “Se a obrigação provier de um facto ilícito”;
- c) “Se o próprio devedor impedir a interpelação, considerando-se interpelado, neste caso a data em que normalmente o teria sido”.

As consequências ou efeitos principais da mora do devedor são os seguintes:

- a) Dever de indemnizar ou reparação dos danos moratórios (artº 804º nº 1). Da noção de mora, resulta que a prestação devida ainda não se torna impossível, apenas há um retardamento na sua realização. Ora, sendo assim, o credor tem direito a uma indemnização pelos danos sofridos com o atraso na prestação. Tais danos compreendem, as despesas que o credor teve que suportar durante o período da mora (lucros cessantes), bem como na hipótese de o credor quiser vender a coisa devida, porém, ocorre uma baixa de preço do objecto da prestação e, em virtude da mora o credor fique prejudicado, pois a venda foi efectuada num valor inferior do que aquele que devia ser feito caso a obrigação tivesse sido cumprida em tempo.

Tratando-se de obrigações pecuniárias, a lei fixa uma tarifa indemnizatória (*iuris et de iure*), ou seja, presume que há sempre danos causados pela mora, entretanto, garante-se uma indemnização efectiva ao credor a partir do dia da constituição em mora, conforme o inciso no nº 1 do artº 806º, por um lado, e identifica-se a indemnização com os juros legais da soma devida, salvo nos casos de um juro convencional mais alto ou de um juro moratório estipulado pelas partes, conforme o nº 2 do artº 806º.

- b) Inversão do risco (*perpetuatio obligationis*), a regra geral é a de que a impossibilidade causal provoca a extinção da obrigação, libertando assim o devedor, artº 790º. Todavia, “*pelo facto de estar em mora, o devedor torna-se responsável pelo prejuízo que o credor tiver em consequência da perda ou*

¹⁰² A interpelação tem por fim prevenir o devedor de que a prestação deve ser feita.

*deterioração daquilo que deveria entregar, mesmo que estes factos não lhe são imputáveis”*¹⁰³.

Assim, se o vendedor devia ter entregue a coisa vendida no dia 1 de Maio, o dia em que o comprador a levou-a consigo. A coisa é destruída no dia 3 de Maio por um incêndio que por não ser imputável ao vendedor, teria extinguido normalmente a obrigação que recaía sobre ele, como se encontrava em mora, por virtude do consagrado no artº 807 nº 1, o vendedor não fica exonerando da obrigação em consequência da coisa fortuita que gerou a perda da coisa. Porém há uma única maneira de o devedor ser liberado, é no caso de este provar que a perda ou destruição da coisa, se teria igualmente verificado, na hipótese de a obrigação ter sido oportunamente cumprida¹⁰⁴.

Relativamente a extinção da mora, ela ocorre por:

- a) Acordo das partes. As partes podem acordar em diferir para o momento posterior o vencimento da obrigação com a correspondente extinção da mora, este acordo recebe o nome de moratória e a ela, pode-lhe ser atribuída ou não eficácia rectroactiva.
- b) Purgação da mora. Traduz-se nas situações em que o devedor se disponibiliza tardiamente a oferecer ao credor a prestação devida e sua correspondente indemnização moratória. Essa oferta, extingue para o futuro a situação de mora do devedor, mesmo que se verifique a sua não aceitação pelo credor. No entanto, a recusa do credor produz uma inversão da mora que deixa *ex nunc* de ser considerada mora do devedor e passa a ser tida como mora do credor¹⁰⁵.
- c) Transformação da mora em incumprimento definitivo. As possibilidades de transformação da mora em incumprimento definitivo, estão previstas no artº 808º. Reza o nº 1 do artº 808 que “*se o credor em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação*”.

¹⁰³ Redação dada pelo nº 1 do artº 807º.

¹⁰⁴ VARELA, João De Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ªed, (11ª reimpressão da 7ªed de 1997), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 122 e 123.

¹⁰⁵ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito Das Obrigações: Transmissão Extinção Das Obrigações Não cumprimento E Garantias Do Crédito*, Vol. II, 7ª ed, Coimbra, Almedina, 2010, p.245.

2.4.4- Mora do credor: requisitos, consequências e extinção

A mora é a inexecução culposa ou dolosa da obrigação. Contudo, também se caracteriza pela injusta recusa de recebe-la no tempo, lugar e na forma acordada. A essa recusa dá-se o nome de mora do credor (*mora credendi*). Esta, ocorre sempre que a obrigação não foi cumprida porque o credor, sem justificativa recusou a prestação que lhe foi oferecida dentro do prazo estipulado, ou então, não realizou actos de cooperação que facilitassem o cumprimento.

Nos termos do artº 813º, “o credor incorre em mora quando, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação”.

Assim, a *mora credendi* comporta os seguintes requisitos:

- a) “Recusa ou não realização pelo credor da colaboração necessária para o cumprimento” ¹⁰⁶;
- b) Ausência de motivo justificado para essa recusa ou omissão ¹⁰⁷.

Há situações cuja intervenção do credor é desnecessária para a verificação do cumprimento da obrigação, como acontece nas prestações de facto negativo e em algumas prestações de facto positivo. Na maior parte dos casos, a realização da prestação não é possível sem que haja uma colaboração do credor.

Nas prestações de coisa, por exemplo, o credor tem sempre que aceitar a prestação, podendo mesmo ter que ir ou mandar recebê-la, quando a prestação não é efectuada no

¹⁰⁶ Não basta, para haver *mora credendi*, que o credor se recuse a receber a prestação oferecida ou omita os actos que deveria praticar. Pode a recusa ser justificada, como sucede quando o devedor pretende, por ex., entregar coisa diversa da devida, coisa de qualidade inferior à escolhida; pode a omissão ser devida a caso de força maior (doença grave e inesperada do credor) ou até a facto do devedor, culposos ou não culposos (o credor não foi receber a prestação por ter sido atropelado pelo devedor), Vid. VARELA, João De Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ªed, (11ª reimpressão da 7ªed de 1997), Coimbra, Almedina, 2015, p.162.

¹⁰⁷ É necessário que o credor não tenha motivo justificado para não aceitar (*sine justa causa accipere recusare*). Os motivos que justificam o não recebimento da prestação podem dizer respeito ao seu objecto ou à forma por que o devedor pretende cumprir a obrigação. Se o devedor, por ex., oferece uma parte da prestação, com violação do disposto no artº 763º, se oferece a prestação no seu domicílio, quando a devia oferecer no domicílio do credor, se a oferece antes do vencimento e o prazo foi estabelecido em benefício do credor, se tratando-se de uma obrigação não fungível, o oferecimento é feito por terceiro, se o devedor é um incapaz e se apresenta pessoalmente a cumprir, não há mora do credor embora haja recusa do recebimento. Vid. Anotações ao artº 808º, LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 2ªed, Revista e Actualizada, Coimbra, 1981, p. 84.

seu domicílio. Nas prestações de facto positivo, poderá caber ao credor o fornecimento ao devedor, dos meios necessários para que o devedor preste o serviço ¹⁰⁸.

A mora do credor traduzida na recusa de recebimento da prestação efectivamente devida, oferecida pelo devedor, não acarreta a extinção da obrigação correspondente, desencadeando apenas as consequências previstas nos artº 814º a 816º, mais precisamente o não vencimento de juros ¹⁰⁹.

Deste modo, as consequências da mora do credor são:

- a) Atenuação da responsabilidade do devedor. A partir da mora, o devedor apenas responde, quanto ao objecto da prestação pelo seu dolo; relativamente aos proventos da coisa, só responde pelo que haja sido percebidos, artº 814º nº1, também, durante a mora, a dívida deixa de vencer juros quer legais, quer convencionados, artº 814º nº 2;
- b) Oneração do credor quanto ao risco. O risco passa por conta do credor, quer se trate de prestação de facto, quer se trate de prestação de coisa ¹¹⁰;
- c) Direito a indemnização. O credor em mora indemnizará o devedor das maiores despesas que este seja obrigado a fazer com o oferecimento infrutífero da prestação e a guarda e conservação do respectivo objecto, artº 816º.

No que tange a sua extinção, a mora do credor pode extinguir-se por o credor, ainda que tardiamente, vir a prestar a cooperação necessária para o cumprimento, neste caso, o devedor deve realizar imediatamente a prestação sob pena de se inverter o risco, ou seja, deixará *ex nunc* de ser mora do credor e passará a ser mora do devedor.

Um outro mecanismo jurídico para a extinção da mora do credor é a consignação em depósito. Prevista nos artsº 841º e ss do CPC. A consignação em depósito consiste no depósito judicial ¹¹¹ da coisa devida, feita à ordem do credor, no caso de este recusar a

¹⁰⁸ É o caso do contrato de empreitada, transporte, trabalho ou mandato.

¹⁰⁹ Nesse sentido, Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra nº 1207/09.0TBVIS.C1 de 24/04/2012, disponível em www.dgsi.pt

¹¹⁰ A mora faz recair sobre o credor o risco da impossibilidade superveniente da prestação, que resulte de facto não imputável a dolo do devedor. Sendo o contrato bilateral, o credor que, estando em mora perca total ou parcialmente o seu crédito por impossibilidade superveniente da prestação não fica exonerado da contraprestação; mas, se o devedor tiver algum benefício com a extinção da sua obrigação, deve o valor do benefício ser descontado na contraprestação (artº 815º nº 1 e 2).

¹¹¹ O devedor pode acionar este judicialmente quando, por exemplo, o senhorio recusar receber o aluguel, no intuito de propor uma acção de despejo.

receber o pagamento ou não tomar iniciativa de recebê-lo ou ainda quando o seu paradeiro for desconhecido.

Este meio de extinção da obrigação do devedor, aplica-se exclusivamente às obrigações de prestação de coisas, todavia, dentro da categoria das prestações de coisa a consignação aproveita às prestações de coisa certa e às dívidas pecuniárias.

A consignação em depósito efectua-se mediante recurso aos tribunais, através de um processo especial, de consignação nos termos dos artsº 1024º e ss. do CPC. Tal processo, cria uma relação processual entre o direito público, entre o tribunal e as partes. Contudo, se se depositar coisa devida sem motivo justificado, isto é, se o devedor não tentar pagar extrajudicialmente ou ainda sem encontrar existência ou obstáculo nesse pagamento, a acção de consignação em depósito será declarada improcedente.

De resto, o facto de o credor estar constituído em mora, fica impedido de acionar o nosso meio de defesa, isto é, não pode invocar a *exceptio* o credor que se encontra em mora. Socorrendo-se do princípio da boa fé, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que não pode invocar a *exceptio*, aquele que se recusa a receber a contraprestação, sem motivo justificado ¹¹².

2.4.5- Cumprimento defeituoso do contrato: violação positiva do contrato

O CC, apenas refere-se a esta figura em termos gerais no artº 799º nº 1, onde faz equivaler a falta de cumprimento para efeitos de presunção de culpa, apesar de dar tratamento especial a hipótese especiais verificados no âmbito da compra e venda, artº 905 e ss. e 913º ss., da locação, artº 1042º e ss, da empreitada, artº 1218º e ss, e da doação, artº 957º.

O cumprimento defeituoso é uma espécie de inadimplemento, assim como o incumprimento definitivo e a mora e pode ser definido, em linhas gerais, como o

¹¹² Cfr. ABRANTES, José João, *A Excepção De não Cumprimento do Contrato: Conceito E Fundamento*, 2ªed, Coimbra, Almedina, 2012, p.78.

inadimplemento caracterizado pelo cumprimento da prestação, mas que possui defeitos ou é inexacto, isto é, não corresponde, totalmente, à que era devida ¹¹³.

Contudo, o cumprimento defeituoso depende do preenchimento de quatro condições:

- a) Ter o devedor realizado a prestação violando o princípio da pontualidade;
- b) Ter o credor procedido à sua aceitação por desconhecer a desconformidade ou, conhecendo-a, apondo uma reserva;
- c) Mostrar-se o defeito relevante
- d) Sobrevirem danos típicos.

A denominação cumprimento defeituoso deve conduzir-nos a ideia de que a prestação é cumprida sem qualquer retardamento, mas com defeitos, vícios ou irregularidades, ou seja, ocorre um adimplemento, porém insatisfatório e, tem como consequência a não liberalização do devedor.

Desse modo, para que haja cumprimento defeituoso é necessário que exista uma conduta que represente um acto completo, conducente à execução da obrigação. Se a obrigação era de entregar um vestido de noiva e não foi entregue, não se pode falar de cumprimento defeituoso.

Já o seria, se por exemplo “ *a fábrica de cerveja comprometeu-se ao fornecimento de 2hl de cerveja para uma cervejaria, duas vezes por semana e em vários fornecimento constatou-se a qualidade inferior dela. Por esse facto, o dono da cervejaria recusou-se a receber posteriores remessas de cerveja, porque a cerveja deixou de ter a qualidade que tinha antes*” ¹¹⁴.

Como dito anteriormente, a excepção de não cumprimento não só opera quando há falta integral de cumprimento, mas também vale nos casos de cumprimento parcial ou defeituoso, desde que a sua invocação não contrarie o princípio da boa fé. Trata-se de uma realização de forma qualitativa ou quantitativamente deficitária.

Questão pertinente é a de saber em que termos a *exceptio* é legitimada pelo cumprimento inexacto da obrigação que se dá quando, verificado o prazo da sua

¹¹³ MARTINEZ, Pedro Romano, *Cumprimento Defeituoso Em Especial Na Compra E Venda E Na Empreitada*, 2ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2015, p.25.

¹¹⁴ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito Das Obrigações*, Vol.II, Coimbra, Almedina, 1990, p. 462.

execução, a prestação é realizada, mas com irregularidades que não correspondem à conduta devida.

Ora, o conceito de cumprimento defeituoso abrange não só os casos em que a prestação é quantitativamente insuficiente (cumprimento parcial), como os casos incluídos na forma *sui generis* de violação do dever de prestar, a que a doutrina alemã desde Staub, chama de violação positiva do contrato ou violação positiva do crédito ¹¹⁵. Assim, não só as deficiências da prestação principal e secundária são abrangidas pelo cumprimento defeituoso, como também o são a violação dos deveres acessórios ¹¹⁶ de conduta que se interagem na relação contratual.

Para além disso, a questão de saber se o defeito ¹¹⁷ prejudica ou não o fim da obrigação tem que ser apreciada e resolvida objectivamente. Deste modo, o regime aplicável ao contrato defeituoso dependerá de vários factores, nomeadamente a espécie de negócio, o fim da obrigação e as circunstâncias próprias de cada situação concreta.

De sorte, na venda de coisa defeituosa os meios de reacção ¹¹⁸ do comprador são:

- a) Anulação do contrato com base no erro, artº 909º e 913º ¹¹⁹;

¹¹⁵ A violação positiva do crédito ou do contrato surgiu na Alemanha, fruto inicialmente das reflexões de Staub acerca de uma lacuna no então recém-aprovado Código Civil alemão. Staub detectou que o BGB fazia referência apenas das hipóteses de incumprimento e mora, ambas especificamente relacionadas a uma violação negativa do contrato, ou seja, não cumprimento através de uma omissão. No inadimplemento, a obrigação não era cumprida e não havia mais possibilidade de ser, ao passo que na mora não era cumprida no tempo certo, mas ainda havia possibilidade de ser. No entanto, havia muitos casos que não se enquadravam quer em uma, quer em outra figura, pois eram caracterizadas pela presença de uma acção de conduta positiva, mas esta, *per si*, não representava o adimplemento, caracterizando, em verdade uma violação. Deu-se, assim, o nome de violação positiva do crédito, na tentativa de diferenciá-las das violações negativas, nomeadamente o incumprimento e a mora. A violação positiva do contrato foi o nome dado por Hermann Staub, seu criador, em 1902. Em 1953, Karl Larenz alargou a denominação para violações positivas do crédito, visto que a sua aplicação extrapolava o âmbito contratual. LIMA, Lavinia de Mello, *O Cumprimento Defeituoso No Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Dissertação De Mestrado, Lisboa, FDUL, 2008, pp. 18 e 19.

¹¹⁶ A garantia por defeito aplica-se igualmente às coisas acessórias, todavia, o defeito destas não se repercute na relação jurídica que tem por base a coisa principal. O defeito da coisa acessória não fundamenta os pedidos de substituição, de redução do preço ou de resolução, com respeito à coisa principal. Salvo se a coisa acessória não for reparável, nem substituível, e a principal, privada daquela, não puder funcionar de forma satisfatória, admite-se que o defeito da primeira produza efeitos em relação à segunda. Cfr. MARTINEZ, Pedro Romano, *Cumprimento Defeituoso Em Especial Na Compra E Venda E Na Empreitada*, Coimbra, Almedina, 2015, p.188.

¹¹⁷ O defeito corresponde a um desvio à qualidade devida, corresponde a uma importante desconformidade entre o ser e o dever ser, isto é, uma discrepância entre aquilo que é convencionado e aquilo que é prestado, e pode incidir tanto na prestação como na coisa.

¹¹⁸ Esses meios não podem ser exercidos em alternativa, pelo contrário, devem obedecer uma sequência lógica. Primeiramente, o vendedor está adstrito a eliminar o defeito da coisa e, não sendo possível, ou se tal eliminação apresentar-se bastante onerosa, pode o comprador exigir a redução do preço e indemnização, contudo, não sendo este meio capaz de satisfazer a pretensão desejada, cabe ao comprador pedir a resolução do contrato.

- b) Redução do preço baseando-se no mesmo facto, artº 911º e 913º ¹²⁰;
- c) Reparação ou substituição da coisa, artº 914º ¹²¹;
- d) Indemnização, quer haja dolo ou simples erro, artsº 908º, 909º, 913º e 915º.

Na presença de um cumprimento defeituoso, a aceitação da *exceptio* será auferida com base no princípio da proporcionalidade, da adequação e da boa fé.

Pensamos ter razão o ac. do Tribunal Judicial de Ourém, nº 578/10.0TBN0C1, de 25/02/2014, ao escrever que “no caso de mau cumprimento, pelo empreiteiro, da sua prestação de obra, é lícito ao dono da obra opor-lhe a excepção do contrato não cumprido (...) como, porém, a *exceptio* arranca e é materialmente alimentada pela boa fé, a *bona fide* exclui a actuação sempre que o não cumprimento, ou o mau cumprimento ou cumprimento defeituoso não seja significativo e, portanto, sempre que a alegação da excepção não observe o princípio regulativo da proporcionalidade ou do equilíbrio entre as posições judiciais daquele que opõe a excepção e daquele a quem ela é oposta (...) o cumprimento defeituoso ou o mau cumprimento da obrigação que se vincula o empreiteiro, constitui este em responsabilidade, designadamente no dever de reparar os danos suportados, em consequência dele, pelo dono da obra, mas não preclui irremediavelmente o direito do empreiteiro de receber o preço correspondente à parte da obra ou dos trabalhos que, apesar do não cumprimento daquela obrigação e da sua definitividade, realizou”.

¹¹⁹ Independentemente de culpa do vendedor, se a anulação se fundar em simples erro do adquirente, aquele é obrigado a uma indemnização, mas esta abrangerá apenas os danos emergentes do contrato, ou seja, excluem-se os lucros cessantes, isto é, os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da anulação do contrato. Os vícios da coisa não constituem fundamento autónomo de anulação, entre as qualidades da coisa assegurada pelo vendedor, sujeitas ao regime especial do artº 913º. Cabem, não só os atributos relativos a substância da coisa, mas também os atributos que interessam a aptidão da coisa para certo fim, mediante a sua localização por exemplo, ou que influam no seu valor económico. A inexistência dos direitos de reparação ou substituição da coisa, pelo desconhecimento do vício por parte do vendedor não afecta, por seu turno, o direito que tiver o comprador de obter a anulação do contrato, por se verificar respectivos requisitos. Pode na verdade o vendedor desconhecer do vício da coisa e não ser consequentemente obrigado à reparação ou substituição, mas, conhecer a essencialidade, para o comprador, do elemento sobre que incidiu o erro. A indemnização prevista no artº 909º supõe que o acto foi anulado com fundamento no simples erro e não em dolo, o que não acontece no artº 915º, se o vendedor desconhecia, sem culpa o vício ou falta de qualidades de que a coisa padece, não é obrigado sequer a indemnização pelos danos emergentes, cessa inteiramente a sua responsabilidade. Cfr. LIMA, Fernando Andrade Pires de, e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 3ª ed, 1986, pp. 206 e ss.

¹²⁰ Se as circunstâncias mostrarem que, sem erro ou dolo, o comprador teria igualmente adquirido os bens, mas por preço inferior, apenas lhe caberá o direito à redução do preço, em harmonia com a desvalorização resultante dos ónus ou limitações, além da indemnização que no caso competir. Redação dada pelo nº 1 do artº 911º.

¹²¹ Segundo o artº 914º, o comprador tem o direito de exigir do vendedor a reparação da coisa ou, se for necessário e esta tiver natureza fungível, a substituição dela; mas esta obrigação não existe, se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece.

Como bem afirma José Abrantes, “o alcance do nosso meio de defesa deve ser proporcionado à gravidade da inexecução. Se não é justo ficar a parte que recebe um cumprimento parcial ou defeituoso impedida de alegar a excepção, também o não é responder a uma falta insignificante do ponto de vista da economia contratual com recusa total da sua prestação (...) a parte da prestação recusada pelo excipiente deve ser proporcional à parte ainda não executada pelo contraente faltoso. O princípio da boa fé impõe que o exercício do nosso meio de defesa respeite a finalidade em vista da qual a lei concedeu. Tal finalidade consiste na total execução da relação contratual. O devedor não poderá alegar a *exceptio*, a não ser que com isso vise efectivamente essa execução e somente na medida em que a recusa da sua prestação possa de facto facilitá-la” ¹²².

Assim, à inexecução parcial ou à execução defeituosa de uma das partes de um contrato bilateral, só poderá normalmente ser oposta uma recusa de prestar também em termos meramente parciais (...). Se o primeiro dos contraentes oferecer uma prestação parcial ou defeituosa, a contraparte pode opor-se e recusar a sua contraprestação até que aquela seja oferecida por inteiro ou até que sejam eliminados os defeitos ou substituída a prestação, (...) pode também aceitar o pagamento parcial e, nesse caso, apenas poderá recusar a sua contraprestação em parte, na medida proporcional ao que falta ser prestado pelo outro contraente ¹²³.

2.5- Excepção e a perda do benefício do prazo

Celebrado um contrato, nada obsta que a prestação seja realizada a posterior. A realização a posterior constitui um benefício. Este benefício é gozado pelo devedor. A regra é a de que não pode o credor, antes do vencimento exigir o cumprimento da obrigação, uma vez que o prazo está estabelecido em benefício do devedor ¹²⁴.

Contudo, essa regra comporta excepções. É essencialmente o artº 429º conjugado com o artº 780º.

Nos termos do artº 429º “ *Ainda que esteja obrigado a cumprir em primeiro lugar, tem o contraente a faculdade de recusar a respectiva prestação enquanto o outro não*

¹²² Cfr. ABRANTES, José João, *A Excepção De não Cumprimento do Contrato: Conceito E Fundamento*, 2ªed, Coimbra, Almedina, 2012, p.95.

¹²³ Idem, pp.95 e 96.

¹²⁴ Vid.artº 799º.

cumprir ou não der garantias de cumprimento, se, posteriormente ao contrato se verificar alguma das circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo”.

Ora, como é sabido, as circunstâncias que implicam a perda do benefício do prazo estão previstas no artº 780º.

De acordo com aquele preceito, “ *Estabelecido o prazo a favor do devedor, pode o credor, não obstante exigir o cumprimento imediato da obrigação, se o devedor se tornar insolvente, ainda que a insolvência não tenha sido judicialmente declarada, ou se, por causa imputável ao devedor, diminuïrem as garantias do crédito ou não forem prestadas as garantias prometidas «nº 1», o credor tem direito de exigir do devedor, em lugar de cumprimento imediato da obrigação, a substituição ou reforço das garantias, se estas sofrem diminuição «nº 2»*”.

A perda do benefício do prazo acontece em virtude da má fé demonstrada pelo devedor ao não realizar o cumprimento ou em virtude das suspeitas de insolvabilidade que tal atitude demonstra.

Assim, o artº 429º deve ser aplicado por analogia ao artº 780º. A doutrina majoritária ¹²⁵ tem seguido essa interpretação, todavia, não foi esse o entendimento de Vaz Serra.

Para o douto professor, a *exceptio* pode ser invocada pelo contraente obrigado ao cumprimento prévio, não só quando se verifique alguma das referidas circunstâncias, mais ainda em todo e qualquer caso em que a situação patrimonial da outra parte seja susceptível de fazer perigar a efectivação do direito a contraprestação. Não se pode limitar a aplicação do artº 429º às situações contempladas pelo artº 780º, sob pena de ficar desprovido de qualquer sentido útil ¹²⁶.

Contudo, o legislador não optou pela tese vinda do anteprojecto de Vaz Serra, sendo que preferiu limitar a remissão do artº 429º ao artº 780º.

Desse modo, conforme bem explica Pires de Lima e Antunes Varela ¹²⁷, a redacção do artº 429º, deve aproximar-se a da do artº 780º. Elas têm fundamentos paralelos,

¹²⁵ Entre outros autores, vid. VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações Em Geral*, Coimbra, Almedina, Vol. I, 7ªed, 1991, p.378.

¹²⁶ SERRA, Vaz *apud*. ABRANTES, José João, *Excepção De Não Cumprimento Do Contrato: Conceito E Fundamento*, 2ªed, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 67 e 68.

¹²⁷ O professor José Abrantes, corrobora com esse pensamento, afirmando que, o preenchimento da previsão do artº 429º supõe uma alteração da situação patrimonial da contraparte posterior a celebração do contrato, a alteração anterior apenas pode revelar numa outra sede, a do erro-vício (...) acrescentou dizendo que no caso do artº 429º não há erro. Os contraentes, no momento da formação do acordo,

abrangendo todas as situações que visam perigar o direito a contraprestação, garantindo assim, a segurança jurídica e uma justifica a outra ¹²⁸.

Sem prejuízo do que foi dito anteriormente, o artº 429º traz consigo a novidade de a excepção puder ser afastada mediante a prestação de caução, assim, parece-nos importante fazer uma interpretação extensiva da letra da lei.

Ora, a prestação de caução contida no artº 429º não tem função de meio de pressão para o cumprimento simultâneo nas obrigações sinalagmáticas, mais sim a de garantir um dos sujeitos (o obrigado ao cumprimento prévio) contra o perigo de não obter a contraprestação.

Como afirma a professora Joana Farrajota, no caso do artº 429º “não nos encontramos perante uma situação de incumprimento ou de não oferecimento simultâneo da prestação (...) o exercício da excepção não visa aqui o cumprimento simultâneo das prestações que as partes não quiseram, antes afastaram através da estipulação de um prazo, procura-se apenas assegurar uma das partes contra o risco de incumprimento da contraparte, assumindo aqui a excepção uma função predominantemente de garantia pelo que se admite, a semelhança do que sucede com o direito de retenção, que é por excelência um direito real de garantia” ¹²⁹.

Não obstante, a caução a que faz referência o artº 429º tem de ser idónea. No entanto, se a prestação da caução for bastante para garantir o crédito, cessa a razão por que podia recusar a sua prestação, mesmo que ainda não tenha recebido a sua contraprestação.

Outro caso de perda do benefício do prazo é a não realização de uma prestação nas dividas a prestações. O artº 781º estabelece que “se a obrigação puder ser liquidada em duas ou mais prestações, a falta de realização de uma delas importa o vencimento de

assentam numa determinada base negocial, que corresponde efectivamente à realidade dos factos (...) só depois é que essa base se vai alterar a ponto de fazer perigar o direito à contraprestação por parte do contraente que se obriga a cumprir previamente (...), porque um dos contraentes assumira o compromisso de realizar a sua prestação antes de o outro, por seu turno, executar a contrapartida prometida, na convicção de que tal contrapartida seria executada, e por uma alteração posterior da situação patrimonial deste outro contraente, essa convicção se encontra seriamente posta em causa, a lei permite à parte adstrita ao cumprimento prévio que legitimamente possa recusar a sua prestação enquanto não for realizada ou ao menos, caucionada a contraprestação correspondente. ABRANTES, José João, *Excepção De Não Cumprimento Do Contrato: Conceito E Fundamento*, 2ªed, Coimbra, Almedina, 2012, p.71

¹²⁸ Cfr. LIMA, Fernando Andrade Pires de, e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed, Revista E Actualizada 1987, p.407.

¹²⁹ Neste sentido, FARRAJOTA, Joana, *Excepção De Não Cumprimento E Cláusulas Contratuais Gerais*, Revista Sub Judice, Lisboa, 2007.

todas”. Esta disposição apenas se aplica em relação às obrigações únicas divididas ou fraccionadas em prestações e não às prestações periódicas ¹³⁰.

Ora, verificando-se a previsão do artº 781º, poderá o outro contraente alegar a excepção de não cumprimento do contrato ¹³¹.

Em ambas as disposições, artº 780º e 781º, a perda do benefício do prazo ocorre porque a estipulação do prazo tem por pressuposto a confiança do credor na solvabilidade do devedor, cessando os efeitos logo que essa confiança desaparece.

Resta dizer que a perda do benefício do prazo é pessoal, pelo que não se estende aos co-obrigados do devedor, nem aos terceiros que garantam o cumprimento da obrigação, assim, os co-devedores conjuntos ou solidários e aqueles que prestaram garantias pessoais ou reais em relação à obrigação não são afectados pela perda do benefício do prazo, conforme estipula o artº 782º.

2.6- O princípio *bona fidei* e a excepção de não cumprimento

A boa fé teve as suas raízes nos jurisprudentes romanos e com a sua evolução, veio receber contributos cristãos e germânicos. A boa fé é um termo vago e flexível, uma cláusula geral, a qual se pode fornecer qualquer significado.

Inobstante inexistir um só lugar do CC que defina o que é a boa fé, ela se encontra presente em diversos momentos relevantes no espaço civil, desde as fontes do Direito à sucessão testamentária, com incidência decisiva no negócio jurídico, nas obrigações, na posse e na constituição de direito reais, a boa fé informa previsões normativas e nomina vectores importantes da ordem privada. Associadas ao princípio da boa fé estão: a culpa na formação dos contratos, o abuso do direito a modificação das obrigações por alteração das circunstâncias e a complexidade do conteúdo obrigacional ¹³².

¹³⁰ O senhorio não tem a possibilidade de reclamar rendas ainda não vencidas, caso o locatário falte ao pagamento de algumas delas, tratando-se de prestações fraccionadas, a não realização de uma das prestações permite ao credor exigir logo a totalidade da dívida.

¹³¹ Face ao referido preceito, que autoriza o credor, nas dívidas de prestação unitária fraccionada, a exigir as prestações, ulteriores se o devedor deixar de cumprir uma das prestações, cremos que esse credor poderá suspender a sua própria prestação, invocando a excepção de contrato não cumprido, até que todas as fracções da prestação que lhe é devida sejam pagas.

¹³² Nesse sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé No Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1984, p.17.

A boa fé corresponde à possibilidade efectiva de, com ela resolver questões concretas. Assim, é aplicada com auxílio nas fontes, na doutrina e sobretudo na jurisprudência.

A boa fé, consagrada como um princípio fundamental do Direito Privado em geral, e do Direito das obrigações em particular, visa o respeito dos valores ético-jurídico da comunidade, preocupando-se assim em corrigir os desequilíbrios para lá de meras justificações formais, realiza um papel de justiça social, assumindo especial relevância nos contratos ¹³³.

Em suma, o princípio da boa fé se resume no dever de as partes agirem de forma correta, honesta, leal e ética.

Feita esta pequena introdução relativamente ao que venha a ser o princípio da boa fé, resta-nos agora saber quais são as implicações deste no nosso meio de defesa, isto é, os limites de actuação da *exceptio* impostos pelo princípio da boa fé.

A *exceptio* é, como vimos, a faculdade que nos contratos bilaterais cada uma das partes tem de recusar a sua prestação enquanto a outra não realizar, ou não oferecer a realização simultânea da contraprestação, sendo que o alcance da excepção de não cumprimento do contrato deve ser feito em conformidade com o princípio da boa fé.

É necessário que ocorra a proporcionalidade à luz do princípio da boa fé. O exercício da excepção em termos desproporcionados constitui uma actuação de má fé e consequentemente ilegítima.

Desse modo, não seria justo suspender a prestação de vulto por contraprestação inexpressiva, ou de escassa relevância. Deve haver uma tolerância mínima entre os contraentes, sempre que o defeito de execução da prestação é de escassa importância se olhado num conjunto.

Assim, cada um dos contraentes apenas pode recusar legitimamente a sua prestação após a outra parte não ter executado, a recusa de cumprir do excipiente deve ser posterior à inexecução da obrigação da contraparte. Deverá também haver um nexo de causalidade ou de interdependência causal entre o incumprimento da outra parte e a suspensão da prestação do excipiente ¹³⁴.

¹³³ Cfr. MENDES, João De Castro, Direito Civil, Vol. III, 1997, p.651.

¹³⁴ Cfr. ABRANTES, José João, *Excepção De Não Cumprimento Do Contrato: Conceito E Fundamento*, 2ªed, Coimbra, Almedina, 2012, p.107.

Quando se fala no princípio da boa fé nos actos de inadimplemento, pensa-se na boa fé objectiva ¹³⁵ consagrada no nº 2 do artº 762º. Com efeito, não pode, por exemplo ser beneficiado pelo nosso meio de defesa, quem por culpa sua deu causa a inexecução por parte contrária.

2.7- O abuso de direito e a excepção de não cumprimento do contrato

Ligado ao princípio da boa fé, está o abuso de direito. Esta figura está consagrada nas diversas legislações, das quais podemos citar: direito francês, italiano, alemão, suíço, soviético, helénico, espanhol, argentino, etc.

Reza o artº 334º que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites imposto pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

Ora, quando os limites impostos pela boa fé são excedidos de forma evidente, estar-se-á perante o abuso do direito.

Como afirma o professor Fernando Cunha ¹³⁶, “*o abuso do direito traduz-se, pois num acto ilegítimo, consistindo a sua ilegitimidade precisamente num excesso de exercício de um certo e determinado direito subjectivo: hão- de ultrapassar-se os limites que ao mesmo direito são impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo próprio fim social ou económico do direito exercido*”.

Contudo, não é qualquer excesso a esses limites que se traduz no abuso de direito. O excesso terá de ser manifesto.

¹³⁵ O conceito normativo de boa fé é utilizado pelo legislador em dois sentidos distintos: de boa fé objectiva, enquanto norma de conduta, ou seja, plano dos princípios normativos como base orientadora e fundamento de efectivas soluções reguladoras dos conflitos de interesses, alcançados através da densificação, concretização e preenchimento pelos tribunais desta cláusula geral, por um lado, e no sentido de boa fé subjectiva ou psicológica, isto é, como consciência ou convicção justificada de se adoptar um comportamento conforme ao direito e respectivas exigências éticas. Nesse sentido: Ac. do Supremo Tribunal de Justiça (uniformização de jurisprudência), nº 2841/03.8TCSNT.L1. S1 de 17/05/2012, disponível em www.dgs.pt.

¹³⁶ SÁ, Fernando Augusto Cunha de, *Abuso Do Direito*, Coimbra, Almedina, 1997, p.103.

Só pode invocar a *exceptio* quem, por sua vez agir de boa fé, sob pena de incorrer no abuso do direito ¹³⁷. A boa fé vale tanto para o credor, quanto para o devedor. Para o primeiro enquanto proibição de abusar o seu direito de crédito e para o segundo enquanto critério de determinação do alcance da prestação e da forma do seu cumprimento.

Pensamos ter razão ¹³⁸ o Tribunal da Relação do Porto ao declarar improcedente o recurso de apelação, fundamentando que “não pode invocar a excepção de não cumprimento do contrato, alegadamente por o senhorio não ter procedido obras no imóvel locado, o arrendatário que, anteriormente, deixou de pagar qualquer renda e continua a habitar esse imóvel”.

2.8- A excepção de não cumprimento e as cláusulas contratuais gerais abusivas

Sendo a excepção de não cumprimento um verdadeiro meio de defesa contra o inadimplemento e instrumento de manutenção contra o equilíbrio contratual, ela, muitas vezes é afastada no âmbito das cláusulas não negociadas individualmente, frequentemente designadas por cláusulas contratuais gerais.

As cláusulas contratuais gerais, foram instituídas no ordenamento jurídico português pela primeira vez, com a aprovação do Decreto-Lei nº446/85, de 25 de Outubro, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei nº 22/95, de 31 de Agosto, transpondo assim

¹³⁷ Problemas de boa fé, implicando com a teoria do abuso de direito, podem colocar-se em muitos passos do direito das obrigações. Tal será a hipótese de os contraentes, tratando-se de obrigações com prestações inviavelmente indeterminada, atribuem a sua determinação a puro arbítrio de uma das partes ou de terceiro, em que a escolha embora não tenha de ser fundamentada em juízo de equidade (artº 400º, nº1, in fine), não pode ser feita contra limites que para ela decorrem da boa fé, ou de o credor, embora (e onde) não tenha o dever de cooperar com o devedor no cumprimento, omitir o acto de cooperação para tal materialmente necessário, por forma a constituir um verdadeiro abuso do seu direito (...) ou de o credor, reclamar prestações que ainda que cobertas pela letra da lei ou do contrato, sejam contrárias ao seu espírito, motivadas pelo propósito de incomodar ou vexar o devedor, ou representam o uso do crédito para fins diversos daqueles para que o mesmo lhe foi concedido (...) ou o devedor ausentar-se do seu domicílio afim consciente ou inconsciente, dificultar a interpelação, ou com o intuito de evitar o cumprimento da sua obrigação, recorrer a defesas injustificadas, interpretações tendenciosas da lei ou do contrato, ou fazer uma utilização excessiva ou inesperada da coisa que está obrigado a entregar, ou de terceiro que impede ou embaraça o devedor de cumprir a obrigação, ter tido a intenção ou pelo menos a consciência de lesar o credor da pessoa directamente ofendida ou da pessoa com quem contrata, ou até a de que esta não tem interesse sério e atendível no não cumprimento. Nesse sentido: NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 15ªed, 2006, p.318.

¹³⁸ Nesse sentido, AC. da Relação Do Porto, nº 3426/11.OTBVNG.A. P1, de 24/03/2014, disponível em www.dgsi.pt

para ordem interna a Directiva 93/13/CEE relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

As cláusulas contratuais gerais, “podem” ser definidas como estipulações predispostas em vista de uma pluralidade de contratos ou de uma generalidade de pessoas, para serem aceites em bloco, sem negociação individualizada ou possibilidade de alterações singulares ¹³⁹.

Por sua vez uma cláusula é abusiva, quando lesa os direitos da outra parte, aproveitando-se normalmente de uma situação desigual entre os contraentes, são contrarias a boa fé.

O problema que se coloca é o de saber qual a relação entre estas cláusulas e a excepção de não cumprimento do contrato, uma vez que a aplicação desta figura é válida somente naqueles contratos onde há uma interdependência do vínculo contratual, ou seja, nos contratos bilaterais sinalagmáticos.

Contudo, a aplicação da excepção de não cumprimento tem sido alargada para além do âmbito dos contratos bilaterais. Os principais impulsionadores desse alargamento, têm sido os doutrinadores franceses ¹⁴⁰.

Primeiramente, admissibilidade da excepção de não cumprimento tem sido alargada no âmbito dos contratos bilaterais imperfeitos. Todavia, a nosso ver, tal alargamento não faz muito sentido, visto que sua essência é totalmente diferente.

Os contratos bilaterais imperfeitos, são aqueles que no momento da sua formação só há obrigações para uma das partes “unilateralidade” e que acidentalmente acaba gerando alguma obrigação para o contraente que não se compromete “bilateralidade”. Desse modo, não seria feliz alargar a aplicação desse instituto face a existência de contratos bilaterais imperfeitos, não há correspectividade e interdependência entre as obrigações assumidas pelas partes nesse tipo de contrato, o que frustrará *ab initio* a finalidade da *exceptio*.

Seguidamente, a admissibilidade da *exceptio*, tem sido alargada no âmbito dos contratos coligados. Contratos coligados são, bem entendido, os contratos de compra e venda ou

¹³⁹ SÁ, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais E Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, Coimbra, Almedina, 1999, p.166.

¹⁴⁰ Neste sentido, FARRAJOTA, Joana, *Excepção De Não Cumprimento E Cláusulas Contratuais Gerais*, *Sub Iudice*, 39, Almedina, 2007, p. 71.

de prestação de serviços a que se vai acoplar um contrato de crédito ao consumo, em simultaneidade, por iniciativa do dador de crédito ou do fornecedor, a um tempo intermediário na concessão do crédito ¹⁴¹

“Os contratos coligados representam um grupo de contratos que têm algum ponto em comum entre si, uma mesma pessoa, por exemplo, que faz com que estes contratos interajam uns com os outros, muito embora, cada um deles seja independente, dotado de autonomia¹⁴².”

Face ao exposto, facilmente se conclui que existem nos contratos coligados um nexo de dependência bilateral, apesar da individualidade de cada um dos contratos.

É, portanto, na primeira parte da alínea f) do artº 18º da LCCG onde a nosso ver se retira o alargamento da excepção aos contratos coligados. O artº 18º do diploma supra citado, contem o seguinte teor:

Art 18º- são em absoluto proibidas, designadamente as cláusulas contratuais gerais que:

a)...

b)...

c)...

d)...

e)...

f) Excluem a excepção de não cumprimento do contrato.

Contudo, torna-se imperioso saber se um conceito mais amplo de interdependência pode servir de suporte ao exercício da excepção de não cumprimento nos contratos distintos, porém ligados por um nexo de interdependência?

Para dar resposta a este quesito socorremo-nos do seguinte exemplo: *A celebra com B um contrato de compra e venda de um carro, cujo preço deverá ser pago em prestações mensais. Simultaneamente celebram um contrato de prestação de serviços de manutenção do carro, pelo qual B se obriga a, durante um ano, efectuar revisões trimestrais ao carro e subsequentemente, realizar as reparações necessárias. Se por*

¹⁴¹ Pesquisa feita na internet em www.netconsumo.com/2009/06/contrato-de-credito-ao-consumo.html.

¹⁴² Pesquisa feita na internet em www.bullemtime.jusbrasil.com.br/artigos/122365731/contratos-coligados consultado em 26/09/2016.

hipótese, o incumprimento por B da obrigação de manutenção do carro de A, impedir a realização do fim a que o carro se destina, poderá A suspender o pagamento do preço do carro? Não existe aqui qualquer corresponsabilidade entre a obrigação de manutenção do carro e a obrigação de pagamento do preço. Com efeito, a obrigação corresponsável do pagamento do preço é a de entrega do carro. Neste caso e, tendo em atenção a relação de interdependência entre os dois contratos (...) A só celebra o contrato de compra e venda do carro porque simultaneamente celebra um contrato de prestação de serviços que lhe permitirá gozar deste bem, sendo o inverso igualmente verdadeiro e o fim comum visado pelos dois contratos a final, o gozo do carro por A, se pode justificar, verificados determinados pressupostos, o exercício da exceção (...) Caso A se encontrasse obrigado a pagar o preço do carro a B mesmo que este não realizasse as prestações necessárias ao gozo por A do carro, gerar-se-ia um desequilíbrio contratual entre as partes inaceitável para a ordem jurídica. O exercício da exceção em relação à obrigação de pagamento do preço do carro já não será, todavia, aceitável mediante o mesmo não cumprimento da obrigação de manutenção do carro, caso este não tenha consequências de maior no gozo do mesmo ¹⁴³.

Não obstante, *exceptio* face a um contrato coligado, apenas será admissível se não contrariar o princípio da boa fé, que é um dos princípios em que se deve pautar o exercício da exceção de não cumprimento.

Como bem salienta a prof. Joana Frarrajota, “no âmbito de uma coligação de contratos, interdependentes, poderá uma das partes recusar a respectiva prestação enquanto a outra não cumprir ou não oferecer em cumprimento simultâneo a sua, ainda que entre as prestações não exista qualquer relação de reciprocidade, contudo, deve-se recorrer ao critério operativo essencial utilizado de forma generalizada na apreciação do exercício da exceção, isto é, a proporcionalidade. O reconhecimento do direito ao exercício da *exceptio* nestas circunstâncias dependerá assim da sua conformidade com a boa fé, concretizada num juízo de proporcionalidade entre a lesão provocada pelo não cumprimento pontual da obrigação e os efeitos da recusa da prestação” ¹⁴⁴.

¹⁴³ Neste sentido, FARRAJOTA, Joana, *Exceção De Não Cumprimento E Cláusulas Contratuais Gerais*, Sub Judice, 39, Almedina, 2007, p.73.

¹⁴⁴ Idem, p.74.

2.9- Extinção da *exceptio nom adimplente contractus*

A *exceptio* visa assegurar a satisfação do crédito daquele que a invoca (*excepiens*), portanto, ela extingue-se com a extinção do crédito em causa.

Deste modo a *exceptio* extingue-se por:

- a) Pagamento. Uma vez recebido o pagamento feito pelo outro contraente, abre-se o caminho para várias significações. A primeira é a de que o *accipiens* aceita a prestação como pagamento absoluto e irrefutável, sendo que não poderá depois impugná-la; a segunda é a de que o *accipiens* aceita a prestação como pagamento, mas não absoluto, podendo este impugná-la, no todo em parte, se o pagamento não corresponder ao que era devido. Aqui, há uma inversão do ónus da prova, isto é, tendo aceitado a prestação como pagamento, compete-lhe provar que ela não correspondeu ao que era devido.
- b) Prescrição. Se o crédito do *excepiens* prescrever, pode a este, se demandar o devedor para o cumprimento da obrigação, ser oposta a exceção de prescrição.

CAPÍTULO III- Excepção de não cumprimento do contrato-breve análise jus-comparatística

3.1- Direito Romano

O direito romano não teria conhecido o instituto da excepção de não cumprimento do contrato, nos termos em que ele se encontra consolidado. Apesar da já existência dos contratos com obrigações para ambas as partes, como é caso típico a compra e venda, amplamente conhecida pelos romanos, as mesmas eram independentes ¹⁴⁵, isto é, não havia uma interdependência entre as obrigações, nos chamados contratos sinalagmáticos do direito romano clássico.

Bastava, para os romanos que na celebração do contrato, fossem observadas todas as excessivas formalidades exigidas para que o mesmo fosse válido. Entretanto, não havia contrato nem obrigação juridicamente válida sem que fossem observadas as formalidades exigidas ¹⁴⁶.

Nos contratos de compra e venda, por exemplo, a interdependência das obrigações só existia no momento do seu nascimento, sendo que na fase de execução era admitido com mais dificuldades. A ideia do princípio de execução simultânea das obrigações do comprador e do vendedor, apenas foram consagradas no século II, onde a entrega da coisa não podia ser exigida daquele enquanto o preço não lhe fosse pago, e o comprador de quem fosse exigido o pagamento do preço sem que lhe fosse entregue a coisa podia invocar a *exceptio mercis non traditae* ou a *exceptio doli* ¹⁴⁷.

O direito romano não desenvolveu o conceito de contrato sinalagmático, com obrigações interdependentes, mas permitiu que o fiel contratante se socorresse ou no direito de retenção ou no direito de compensação, institutos perfeitamente conhecidos naquele ordenamento jurídico. O direito de retenção era frequentemente invocado na compra e venda «*emptio venditio*» e na locação, com efeito prático semelhante ao do nosso meio de defesa, pensarmos ser este o facto de proximidade que já fizemos

¹⁴⁵ Os contratos sinalagmáticos já eram de extremo formalismo, o que excluía a necessidade de as obrigações poderem encontrar-se ligadas por um mexo de interdependência e reciprocidade.

¹⁴⁶ Cfr. ABRANTES, José João, *Excepção De Não Cumprimento Do Contrato: Conceito E Fundamento*, 2ªed, Coimbra, Almedina, 2012, p.14.

¹⁴⁷ Idem, p.16.

referência nos capítulos anteriores entre essas duas figuras e o medieval instituto da exceção de não cumprimento do contrato.

Foi precisamente na Idade Média, por influência do direito canónico que o instituto desenvolveu-se, baseando-se no desígnio de justiça comutativa e boa fé. A falta de cumprimento de uma obrigação era considerada tanto pecado como a própria mentira, porque significava quebra da palavra dada, isto porque os canonistas consideravam que a obrigação era assumida perante Deus, tendo em vista que esse acto pressupunha um juramento ¹⁴⁸.

A fim de tornar compatível a indissolubilidade da obrigação que tinha em vista de seu carácter sagrado e a posição de fragilidade em que ficava o contraente fiel, os canonistas desenvolveram a ideia de interdependência das obrigações de ambas as partes. O cumprimento de uma obrigação depende do cumprimento a que está ligado e que a justifica, admitindo assim, que as obrigações bilaterais eram portadoras de uma condição tácita ¹⁴⁹.

Ora, impor-se ao contraente fiel o cumprimento do contrato ante o incumprimento do devedor, importaria em perda do equilíbrio da relação jurídica obrigacional, com sérios danos à justiça comutativa do contrato e ao princípio da boa fé, elementos esses que traçam os limites do nosso instituto.

Foi assim que, todos os contratos sinalagmáticos, perante o direito canónico passaram a comportar a exceção de não cumprimento do contrato. Com efeito, a compra e venda passou a ser modelo dos demais contratos bilaterais.

3.2- Direito Francês

Depois da sua codificação na idade média, pelos canonistas, o princípio do cumprimento simultâneo das obrigações nos contratos sinalagmáticos, prevaleceu e já não sofria qualquer contestação, todavia, o instituto em causa, acabaria esquecido na

¹⁴⁸ Cfr. VIGARAY, Rafael Alvarez, *apud*, PAULO, Khouri, *Excepção Do Contrato Não Cumprido E A Sua Relação Com A Garantia Das Obrigações No Direito Brasileiro*, Dissertação de Mestrado, Fdul, Lisboa, 2009,p.8.

¹⁴⁹ Idem, p.8

primeira grande codificação da idade moderna, nomeadamente no Code Civil Francês de 1804.

Em França, sob influência do direito canónico, era admitida a resolução por incumprimento. Assim, ao tratar da matéria “incumprimento das obrigações”, o Código Napoleónico, apenas admitiu expressamente a resolução, omitindo quanto à excepção, o que se traduziu no desaparecimento da figura, como uma figura autónoma e volta a restringir-se aos casos particulares, previstos nas leis romanas.

Tal eclipse era claramente notável pelo que entre os juristas gauleses dos séculos XVII e XVIII, não faziam qualquer referência ao instituto em estudo e dos seus efeitos, com excepção a dois autores Domat e Pothier ¹⁵⁰. O primeiro, do século XVII, “expõe não só o papel, como a razão de ser, do princípio da execução simultânea. Para ele, em todas as convenções em que o compromisso de um dos contraentes é fundamento do compromisso do outro, o seu primeiro efeito é o de cada um dos contraentes poder obrigar o outro a executar a sua obrigação executando ele próprio por seu lado, segundo aquilo a que um e outro estão adstritos pela própria convenção, quer a execução deva ser simultânea, quer a execução da parte de um deles deva ser prévia (...) acrescenta dizendo que se a convenção ainda não tiver sido executada, ou se apenas o tiver sido por uma das partes, e se se verificar um acontecimento que faça suspender a execução da restante parte, subentende a vontade tácita dos contraentes que a execução deve ser suspensa até que o obstáculo seja removido ¹⁵¹. Na mesma linha, o segundo, do século XVIII, vem generalizar as aplicações tradicionais do instituto, “afirmando que, em todos os contratos sinalagmáticos, as obrigações devem ser cumpridas simultaneamente (...) nos contratos e quase-contratos sinalagmáticos, cada um dos contraentes não tem o direito de reclamar o cumprimento do outro, se não estiver ele próprio pronto para cumprir a sua obrigação” ¹⁵².

Com efeito, dois grandes autores contribuíram para a clarificação do conteúdo e alcance da excepção, no direito francês, Saleilles e Cassin.

Saleilles, foi o principal impulsionador da reintrodução na linguagem jurídica da expressão «*exceptio non adimpleti contractus*». Para o efeito, *viria afirmar que nos*

¹⁵⁰ Nesse sentido: ABRANTES, José João, *Excepção De Não Cumprimento Do Contrato: Conceito E Fundamento*, 2ªed, Coimbra, Almedina, 2012, p.21.

¹⁵¹ Idem.p.21.

¹⁵² Idem.p.23.

contratos sinalagmáticos, as duas obrigações não são apenas conexas, mas são dívidas de que cada uma delas é causa jurídica de outra, continua dizendo que não é por via de favor, e sob a capa da equidade que se permite ao devedor de uma delas não cumprir enquanto a contraparte o não fizer, mas é, sim, em virtude de um direito que decorre do próprio contrato ¹⁵³.

A tese desenvolvida por Cassin, é a que vigora até hoje no direito francês e consequentemente a aplicada pelos tribunais.

Para Cassin, a *exceptio* é um meio de defesa baseado na boa fé facultado a quem quer que se encontre obrigado por virtude de uma relação sinalagmática sem que esteja vinculado a cumprir em primeiro lugar, e que consiste na recusa da prestação devida até a contraparte cumprir, por seu turno, a contraprestação que sobre ela recai ¹⁵⁴. Ao desenvolver a sua tese, Cassin faz também a distinção entre a exceção de inexecução e as figuras que com ela se confundem, especialmente o direito de retenção.

Para ele, o *jus retentionis* como supondo o *debitum cum re junctum*, isto é, uma relação material entre a coisa retida e o crédito de que é titular o retentor, enquanto que a exceção decorre de uma relação de conexão jurídica entre duas obrigações, de uma relação sinalagmática entre essas obrigações ¹⁵⁵.

Desse modo, a *exceptio* foi ganhado autonomia, sobretudo a nível da jurisprudência. Entretanto, não há quem hesite em considerar, no direito francês, que o instituto em causa é de carácter geral.

3.3- Direito Alemão

A exceção de não cumprimento do contrato, viria a tornar-se nos países germânicos uma regra indubitavelmente aplicada a todos os contratos sinalagmáticos no século XVI, sem mesmo ter passado pelo processo de reenquadramento que aconteceu em França.

¹⁵³ SALEILLES, Raymond, *apud* ABRANTES, José João, *Excepção De Não Cumprimento Do Contrato: Conceito E Fundamento*, 2ªed, Coimbra, Almedina, 2012, p.23.

¹⁵⁴ *Idem*, p.23.

¹⁵⁵ *Idem*, p.24.

Com a recepção da *exceptio* pelos alemães, o direito romano sofreu algumas influências das ideias modernas e do progresso científico da própria doutrina jurídica germânica, imposto por varias razões, sobretudo de ordem económica. Mais tarde, o Direito Comum ou Direito das Pandectas não era o direito consagrado pelo *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, antes o resultado da adaptação do mesmo, ao longo desses séculos, às condições socio- económicas e culturais específicas da sociedade germânica. Desse modo, o Direito Comum desprende-se da letra das soluções romanistas e adapta-se ao progresso e às necessidades reveladas por esta sociedade ¹⁵⁶.

O BGB alemão de 1900, foi a primeira grande codificação a consagrar expressamente o instituto. O direito alemão, foi se desprendendo dos romanistas e adaptando-se a realidade que aquela sociedade apresentava, ressuscitando a regra de que o devedor podia recusar a sua prestação enquanto a contraparte, por seu turno, não realizasse a sua contraprestação.

Assim, diferentemente do que acontece em França, onde a regra é a resolução por incumprimento, isto é, extingue-se logo o contrato, na Alemanha a resolução não foi adoptada como regra, apenas operava em um número bastante reduzido de casos ¹⁵⁷.

A excepção foi ganhando espaço na Alemanha devido a falta de um carácter geral da resolução por incumprimento. A parte demandada para cumprir não podia invocar a resolução do contrato, mas sim a excepção, querendo não a ruptura mas sim a manutenção do vínculo contratual.

A excepção é, por tanto, no direito alemão de carácter geral. O BGB, no seu §320 estipula que “aquele que estiver obrigado em virtude de um contrato bilateral pode recusar a sua prestação até ser realizada a contraprestação respectiva, excepto se estiver obrigado a cumprir em primeiro lugar (...) se uma das partes cumprir parcialmente, a contraprestação a cargo da outra parte não pode ser recusada sempre que tal recusa, tendo em conta todas as circunstâncias do caso concreto, em especial a relativa modicidade da parte em falta deva ser considerada contrária à boa fé. O §321, relativamente ao contraente que esteja obrigado a realizar a prestação em primeiro lugar consagra que sempre que posteriormente à celebração do contrato, ocorrer um

¹⁵⁶ Para melhor entendimento, vid ABRANTES, José João, *Excepção De Não Cumprimento Do Contrato: Conceito E Fundamento*, 2ªed, Coimbra, Almedina, 2012, p.27.

¹⁵⁷ Na Alemanha a resolução foi apenas admitida extrajudicialmente, sendo visto como um acto de justiça privada.

agravamento substancial nas relações patrimoniais do outro contraente que ponha em perigo a realização da contraprestação ¹⁵⁸.

3.4- Direito Italiano

A excepção de inexecução como um meio de assegurar o cumprimento simultâneo, também é admitida no direito italiano.

Dispõe o artº 1.460º do Código italiano que «nos contratos com prestações correspectivas, cada um dos contraentes pode recusar-se a cumprir a sua obrigação se o outro não cumpre ou não oferece cumprir contemporaneamente a própria, salvo se prazos diversos para o cumprimento tiverem sido estabelecidos pelas partes ou resultarem da natureza do contrato. Porém, não pode recusar-se o cumprimento se atendendo às circunstâncias a recusa é contrária à boa fé.

3.5- A *exceptio* nas legislações actuais

Dada sua importância e aplicação prática, o instituto da excepção de não cumprimento do contrato está consagrado em varias legislações do mundo contemporâneo. São exemplo, o ordenamento grego e holandês, por influência do direito germânico. Os Códigos etíope, tunisino, e argentino, também consagraram a figura.

No Brasil, a figura já estava consagrada no Código Civil de 1916 e manteve-se na reforma do Código em 2003.

O direito anglo-americano, também admite a figura, embora de uma forma não muito clara.

Em Angola o instituto, embora pouco conhecido por muitos aplicadores do direito, também é admitido no Código Civil de 1966, isto devido a grande influência do direito português sobre o direito angolano.

¹⁵⁸ ABRANTES, José João, *Excepção De Não Cumprimento Do Contrato: Conceito E Fundamento*, 2ªed, Coimbra, Almedina, 2012, p.29.

3.5- A exceção de não cumprimento na Convenção de Viena

O nosso meio de defesa, dada a sua importância prática, como já acima referimos, também foi acolhido naquele diploma que regula o comércio internacional, a então designada por Convenção de Viena.

Não obstante Portugal não ter ainda ratificado a referida convenção, ainda assim, achamos importante fazer referência o modo de aplicação da exceptio na aludida convenção.

Por Direito Comercial Internacional, entende-se como sendo o um conjunto de normas e princípios que regulam as relações microeconómicas transacionais, ou seja, relações entre operadores económicos que transcendem a esfera económica e social de um Estado ¹⁵⁹.

Com a finalidade de se criar um diploma unificador que regulasse a compra e venda internacional, várias foram as tentativas ¹⁶⁰, onde a Convenção de Viena veio a ser aquela que mais aceitação teve, e continua a ter, tendo já sido ratificada por mais de 70 países.

A Convenção de Viena de 1980, é um instrumento de regulação do comércio internacional que, tem como objectivos, adoptar regras uniformes aplicáveis aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias compatíveis com diferentes sistemas sociais, económicos e jurídicos e, contribuir para eliminação dos obstáculos jurídicos às trocas internacionais. A sua aplicabilidade depende do lugar do estabelecimento, isto é, as partes têm de ter o seu estabelecimento em Estados diferentes

¹⁶¹.

¹⁵⁹ Nesse sentido, PINHEIRO, Luís De Lima, Direito Internacional Privado: Introdução E Direito De Conflitos, Vol.I, 3ªed Refundida, Coimbra, Almedina, 2014, pp.122 e ss.

¹⁶⁰ O processo de unificação legislativa em matéria de compra e venda internacional de mercadorias, deu lugar há muitos diplomas que antecederam a Convenção de Viena, dentre os quais podemos destacar o Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado (UNIDROIT); Lei Uniforme sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (LUVI) e a Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

¹⁶¹ Cfr.artº1 nº1 da CISG.

Tendo sido celebrado um contrato de compra e venda internacional de mercadorias, as partes, ficam adstritas a direitos e obrigações recíprocas. Ao vendedor, cabe entre outras obrigações, entregar as mercadorias e transferir a propriedade sobre elas, conforme consagra o artº 30 e ss. da CISG. Por sua vez, a obrigação principal do comprador é a de pagar o preço das mercadorias e aceitar a entrega das mesmas, nas condições previstas no contrato e na presente convenção, artº 53º, da CISG, «carácter sinalagmático».

O vendedor deve entregar as mercadorias na qualidade, quantidade e descrição exigidas pelo contrato de compra e venda e embaladas de acordo com o que foi estabelecido no mesmo. Cremos ser uma clara demonstração do princípio do cumprimento integral e sem defeitos, sobre ele já nos debruçamos.

Na Convenção de Viena, a *exceptio* encontra-se prevista no artº 71º, é-lhe dada o nome de violação antecipada do contrato. Segundo aquele preceito, sempre que haver fundadas razões de que uma das partes não irá cumprir a obrigação a que está adstrita, pode a contraparte acionar a violação antecipada do contrato.

No artº 71º, da CISG, podemos essencialmente retirar três requisitos. O primeiro é a ameaça de um descumprimento da obrigação- não se requer certeza absoluta, basta a aparência de que não haverá cumprimento ou ainda a alta probabilidade de violação do contrato, este alto grau de probabilidade de violação é conceito objectivo, e deve ser interpretado com uso do conceito de pessoa razoável ¹⁶².

O segundo é a insuficiência na habilidade do vendedor de adimplir- é o caso de uma fábrica que fornece equipamentos a outrem, e entra em greve por um tempo, cujo limite é indeterminado. Nesse caso, o comprador que fazia o pagamento antecipado (antes de receber os equipamentos), pode deixar de efectuá-lo, uma vez que a capacidade do vendedor baixou e há grandes probabilidades de que o contrato não venha a ser cumprido.

O terceiro e último é a maneira como se propõe a cumprir ou cumprir o contrato- podíamos equiparar esse requisito ao cumprimento defeituoso, assim, um comprador que contratou em busca de peças específicas, que ele intenciona usar imediatamente uma vez recebidas, pode descobrir que, mesmo que não tenha havido deterioração na

¹⁶² Pesquisa feita na internet em www.Federicoglitz.adv.br/upload/tiny-mce/capitulos-de-livros/penteado-glitz-o-inadimplemento-antecipado.

habilidade do vendedor de cumprir obrigações e entregar as peças da qualidade requisitada, entregas defeituosas estão sendo feitas a compradores com necessidades similares. Se a razão para estas entregas defeituosas é que o vendedor vem usando matéria-prima de uma fonte particular e está propondo usando o mesmo material no contrato em questão, o vendedor terá o direito de suspender o cumprimento de obrigações ¹⁶³.

Desse modo, de acordo com a redação dada pelo artº 71º nº1, al a) e b), pode-se afirmar que a convenção de Viena tem um carácter semelhante quanto ao tratamento da excepção de não cumprimento, relativamente ao CC, nomeadamente as disposições previstas nos artsº 429º e 780, do CC, embora haja quem defenda que a *exceptio non adimplente contractus* aparece formulada com maior amplitude no texto da convenção do que na lei nacional ¹⁶⁴.

Contudo, em caso de incumprimento contratual, pode a contraparte resolver o contrato, para pleitear a indemnização por perdas e danos ou ainda exigir a execução do contrato ¹⁶⁵.

Manda-se no nº 3º do art 71º da CISG, que a parte que pretenda diferir o cumprimento antes ou depois da expedição das mercadorias, deve dirigir imediatamente uma notificação a outra parte, cremos que a exigência que aqui se alude está ligada ao princípio da boa fé objectiva, do qual nos referimos nas páginas supras. Na verdade, o que se pretende é o que comprador apresente garantias de que irá cumprir a obrigação.

¹⁶³ Idem

¹⁶⁴ Assim, enquanto para nossa lei, tal situação é, como vimos integrada pela insolvência do devedor, pela diminuição de garantias de crédito, ou pela não prestação das garantias prometidas (artº 780º por remissão ao artº 429º), já para convenção ela existe sempre que se verifique uma séria insuficiência na capacidade de execução ou na solvabilidade de qualquer das partes, quaisquer que sejam as formas que tais situações apresentem. O momento para invocar a excepção de não cumprimento pode, na convenção, ser a posterior ao contrato, como anterior a ele (desde que nesse caso, a sua constatação se verifique após a celebração do contrato). O CC consagra claramente uma outra regra, só é relevante o agravamento da situação patrimonial do devedor, nos termos em que aqui cobra relevo, quando se produziu em momento posterior ao da celebração do contrato. Cfr. SOARES, Maria Ângela Bento e RAMOS, Rui Manuel Moura, *Contratos Internacionais: Compra E Venda, Cláusulas Penais E Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 1986, p.188 e ss.

¹⁶⁵ O credor, seja ele o vendedor ou comprador, pode exigir a execução das obrigações do devedor, a não ser que tenha se prevalecido de meio incompatível com essa exigência. De acordo com o artº 46º nº 1, o comprador pode exigir do vendedor a execução das suas obrigações e conforme o artº 62º nº 1, o vendedor pode exigir do comprador o pagamento do preço, aceitação da entrega das mercadorias ou a execução das demais obrigações do comprador. O comprador pode declarar resolvido o contrato, no caso de inexecução por parte do vendedor de qualquer das suas obrigações originárias do contrato, ou na ocorrência da falta de entrega de mercadorias, se o vendedor não o fizer no prazo adicional ofertado pelo comprador, artº 47º nº1 e 49º nº 1, als a) e b) da CISG. Nesse sentido, CHAVES, Mariana, *Estudos Sobre O Incumprimento Do Contrato*, Coimbra, 2011, p.179 e ss.

Deste modo, “apresentadas garantias suficientes de boa execução das obrigações, anular-se-ão os pressupostos que legitimam a *exceptio*, a notificação constitui assim pressuposto lógico e cronológico da prestação de garantia de cumprimento” ¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Cfr. SOARES, Maria Ângela Bento e RAMOS, Rui Manuel Moura, *Contratos Internacionais: Compra E Venda, Cláusulas Penais E Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 1986, p.193.

Capítulo IV- Conclusão

É chegado o momento de extrairmos algumas conclusões, eis que chegamos ao fim do caminho que nos tínhamos imposto alcançar.

Assim, achamos conveniente não fazer o resumo de tudo o que ficou escrito, antes, porém, realçar as ideias que surgem com mais intensidade.

O nosso estudo foi essencialmente orientado com a finalidade de elucidar o campo de aplicação e o modo de actuar do instituto da excepção de não cumprimento do contrato. Neste sentido, o nosso objectivo foi o de dar um contributo para uma melhor compreensão do instituto em causa.

Procedeu-se então em primeira instância a conceitualização da excepção de não cumprimento do contrato. A excepção de não cumprimento é caracterizada pela recusa da prestação, enquanto a outra por seu turno não realizar ou não oferecer a realização simultânea da respectiva contraprestação.

A *exceptio* é aplicável nos contratos sinalagmáticos onde existe uma interdependência e correspectividade entre as prestações a realizar pelas partes.

A excepção de não cumprimento desempenha uma função tripartida. Primeiramente, ela actua como um meio de coação por parte do inadimplente, seguidamente como um meio de garantia e por último como um meio de salvaguarda do equilíbrio contratual.

Contrariamente ao que sucede com as garantias especiais, a excepção não é um mecanismo adequado de recuperação do crédito, pois age anteriormente à própria concessão desse crédito. Todavia, é um modo de agir preventivo, a *priori*, o que certamente, reduz os riscos do credor quanto aos efeitos do não cumprimento da obrigação por parte do devedor. A excepção paralisa o direito da contraparte à prestação até que esta cumpra ou ofereça o cumprimento simultâneo

Assim, esse modo de agir da *exceptio*, dá a ela uma função de garantia, não é uma garantia especial em sentido técnico, mas uma garantia indirecta, falta-lhe o requisito da adicionalidade para se configurar como uma garantia especial, pois a *exceptio* nada acrescenta à massa patrimonial proctetiva do crédito. Contudo, ao paralisar a execução da obrigação, o credor que também é devedor «sinalagma funcional», ao agir como

excipiente, estará a pressionar a outra parte a cumprir o contrato, tal como foi acordado, garantido assim o seu crédito.

Realçou-se a diferença entre a *exceptio* e as figuras a ela parecida, nomeadamente o direito de retenção, compensação e a resolução por incumprimento.

Conclui-se que a excepção, não é um direito real de garantia, como é o caso do direito de retenção, salvo nos casos do artº 429º ,e só neste casos. Não está limitada apenas a coisas susceptíveis de serem penhoradas, pode incidir sobre prestação de coisa ou facto. Não é uma forma de extinção do vínculo obrigacional, como a compensação e a resolução por incumprimento. Não está limitada a coisas fungíveis, para que seja admitida, bastará que se verifique vínculo sinalagmático.

Tendo feito também alusão ao princípio da boa fé, insta-nos salientar que este princípio é indispensável, sobretudo para quem invoca a *exceptio*. Aliás, é imperativo legal que as partes devem desde o momento da celebração do contrato até a sua conclusão, proceder de boa fé.

Finalmente, fica, pois, a sensação de um trabalho incompleto que a experiência se encarregará de completar.

V- Bibliografia

ABRANTES, José João, *Excepção De Não Cumprimento Do Contrato: Conceito E Fundamento*, 2ªed, Coimbra, Almedina, 2012.

ALBURQUEQUE, Pedro de, *Direito das Obrigações: Contratos Em Especial*, Vol. I, Tomo.I, Coimbra, Almedina, 2008.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos: conceito, fontes e formação*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000.

CANÁRIO, António Colaço, *A Reconversão e a Compensação em Processo Civil*, Lisboa, AAFDL, 1983.

CHAVES, Mariana, *Estudos Sobre O Incumprimento Do Contrato*, Coimbra, 2011, p.179.

CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé No Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1984.

CORDEIRO, António Menezes *et al*, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles, Direito Do Arrendamento Urbano*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2002.

CORDEIRO, António Menezes, *Da Compensação no Direito Civil e no Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2003.

COSTA, Mário Júlio De Almeida, *Direito Das Obrigações*, 6ªed, Coimbra, Almedina, 1994.

COSTA, Mário Júlio De Almeida, *Noções De Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1985.

DUARTE, Rui Pinto, *Curso de Direitos Reais*, 3ªed revista e Aumentada, Cascais, Principia, 2013.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito Das Obrigações*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 1990.

FARRAJOTA, Joana, *Excepção De Não Cumprimento E Cláusulas Contratuais Gerais*, Revista Sub Judice, Lisboa, 2007.

FONSECA, António Medeiros da, *Direito de Retenção*, 2ª ed, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1994.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito Das Obrigações: Transmissão Extinção Das Obrigações Não cumprimento E Garantias Do Crédito*, Vol. II, 7ª ed, Coimbra, Almedina, 2010.

LEITÃO, Luís Manuel Teles De Menezes, *Direitos Reais*, Coimbra, Almedina, 2009.

LIMA, Fernando Andrade Pires De e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 2ªed, Revista e Actualizada, Coimbra, 1981.

LIMA, Fernando Andrade Pires de, e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I 4ª ed, Revista E Actualizada 1987.

LIMA, Fernando Andrade Pires de, e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 3ª ed, 1986.

LIMA, Lavinia de Mello, *O Cumprimento Defeituoso No Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Dissertação De Mestrado, Lisboa, FDUL, 2008.

MADALENO, Cláudia, *A Vulnerabilidade das Garantias Reais- A Hipoteca Voluntária Face ao Direito de Retenção e ao Direito de Arrendamento*, Coimbra, 2008.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Cumprimento Defeituoso Em Especial Na Compra E Venda E Na Empreitada*, Coimbra, Almedina, 2015.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Da Cessação do Contrato*, 3ªed, Lisboa, Almedina, 2015.

MENDES, João De Castro, *Direito Civil*, Vol. III, 1997.

MENDES, João De Castro, *Direito Civil*, Vol.I, FDL, Lisboa, 1972.

NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 15ªed, 2006.

OLIVEIRA, Fernando Baptista de e OLIVEIRA, Alexandre Norinho de, *Contratos Privados: Das Noções à Prática Judicial*, Coimbra, Vol.I, 2014.

PAULO, Khouri, *Excepção Do Contrato Não Cumprido E A Sua Relação Com A Garantia Das Obrigações No Direito Brasileiro*, Dissertação de Mestrado, Fdul, Lisboa, 2009.

PINHEIRO, Luís De Lima, *Direito Internacional Privado: Introdução E Direito De Conflitos*, Vol.I, 3ªed Refundida, Coimbra, Almedina, 201

PROENÇA, José Carlos Brandão, *Lições De Cumprimento E Não Cumprimento Das obrigações*, 1ªed, (reimpressão), Coimbra, Coimbra, 2015.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de, *Abuso Do Direito*, Coimbra, Almedina, 1997.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Do Cumprimento Como Modo De Extinção Das Obrigações: Estudo de Política Legislativa*, Separata do nº 34 do BMJ, Lisboa, 1953.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Impossibilidade Superveniente, Desaparecimento Do Interesse Do Credor: Casos De Não Cumprimento Da Obrigação*, Lisboa, Separata do BMJ, nº 47 e 48, 1955.

SERRA, Adriano Paes, da Silva Vaz, *Obrigação De Indemnização: Colocação, Fontes, Dano, Nexo Causal, Extensão, Espécies De Indemnização. Direito Da Abstenção E de Remoção*, in Separata do BMJ nº 83 e 84, Lisboa, 1959.

SOARES, Maria Ângela Bento e RAMOS, Rui Manuel Moura, *Contratos Internacionais: Compra E Venda, Cláusulas Penais E Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 1986.

VARELA, Antunes, *Das Obrigações EM Geral*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1996.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações Em Geral*, Vol.I, 7ª ed, Coimbra, Almedina, 1991.

Jurisprudência

Ac. do Tribunal da Relação do Porto nº 3426/. 0TBVNGA.P1, de 24/03/2014, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do Supremo Tribunal nº 343/04.4TBMTJ.P1.S1, de 24/01/2012, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça nº SJ2004.12160039072, de 16/12/2004, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do Tribunal da Relação da Lisboa nº 1295/08.7.TBAMD.L1.2, de 01/07/2010, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. da Relação de Coimbra nº 1207/09.OTBVIS.C1, de 24/04/2012, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do Tribunal Judicial de Ourém nº 578/10.OTBNOC1, de 25/02/2014, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça nº 2841/03.8TCSNT.L1,S1, de 17/05/2012, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do Tribunal da Relação do Porto nº 3426/11.0TBVNG.A.P1, de 24/03/2014, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra nº 429854/09.8YIPRT.C1JTRC, de 21/12/2010, disponível em www.dgsi.pt

