

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR INCUMPRIMENTO(*)

Pelo Conselheiro Júlio Manuel Vieira Gomes⁽¹⁾

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Breve referência à história do instituto. 3. A resolução é uma causa de extinção do contrato? 4. O fundamento (ou fundamentos) da resolução por incumprimento. 5. O incumprimento recíproco. 6. Resolução extrajudicial e resolução judicial. 7. Efeitos da resolução. O efeito liberatório. 8. O efeito restitutivo. 8.1. O que significa “restituição”? 8.2. A prioridade da restituição *in natura*. 8.3. O art. 432.º, n.º 2 do Código Civil. 8.4. A restituição em valor. 8.5. A restituição de uma quantia em dinheiro. 9. O efeito retroativo da resolução. 9.1. Uma retroatividade “débil”. 9.2. Os direitos adquiridos por terceiros. 9.3. A resolução nos contratos de execução continuada ou periódica. 10. Frutos, valor de uso, benfeitorias. 11. O eventual concurso entre resolução e reparação do dano.

1. Introdução

O objeto deste estudo restringe-se aos efeitos da resolução do contrato por incumprimento. Não serão tratados, por conseguinte, nem os

(*) O presente estudo não existiria se não fosse o gentil convite que nos foi endereçado pelas nossas Colegas e Amigas Conselheiras Graça Amaral, Vice-Presidente do STJ, Maria da Graça Trigo e Maria Olinda Garcia, a quem agradecemos sinceramente a confiança em nós depositada. Aproveitamos, igualmente, o ensejo para agradecer ao nosso Colega e Amigo, Professor António Agostinho Guedes, a constante disponibilidade (e paciência!) para discutir connosco vários aspetos deste trabalho. Seja-nos permitido dedicar este estudo, com saudade, à memória do nosso Mestre, Professor João Baptista Machado de quem tivemos a honra de ser assistente até à hora da sua morte e que tratou do tema da resolução com as suas habituais lucidez e profundidade.

(1) Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa e DPhil pela Universidade de Oxford.

pressupostos da resolução, nem os efeitos da mesma noutras situações, mormente na hipótese de alteração superveniente das circunstâncias. Com efeito, a resolução por modificação da base negocial suscita um conjunto de questões específicas, mesmo em matéria dos seus efeitos que não abordaremos aqui.

Pode, com efeito, questionar-se se existe um instituto unitário da resolução ou se deve, antes, reconhecer-se que por exemplo a resolução por incumprimento é instituto bem diverso da resolução por alteração superveniente das circunstâncias (diverso nos seus pressupostos, na forma de atuação, já que parece exigir uma intervenção do tribunal, e nos seus efeitos — para nada dizer sobre o fundamento)^(2/3).

A nossa análise incidirá sobre os preceitos que na parte geral do Código Civil regulam os efeitos da resolução. Não falta, todavia, quem afirme, com boas razões, que “uma investigação que se propusesse redesenhar o quadro normativo no tema da resolução por incumprimento deveria, provavelmente, percorrer de novo a disciplina de quase todos os contratos típicos”⁽⁴⁾. A resolução opera na compra e venda, por exemplo, de modo bem distinto do que sucede na empreitada⁽⁵⁾, o que levou um autor italiano, ROPPO, a afirmar que “a cada tipo contratual, a sua própria resolução!”^(6/7/8).

(2) LETIZIA VACCA, *Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza dell'età classica*, in Garanzia e Responsabilità, Concetti Romani e Dogmatiche Attuali, nova edição ampliada a cargo de BARBARA CORTESE, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, p. 67, ss., p. 105: “A minha impressão é que, na realidade, a norma sobre resolução por incumprimento tem um fundamento diverso daquele que justifica a resolução por impossibilidade superveniente”. RAFAEL VERDERA SERVER, *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Cedam, Padova, 1994, p. 42, observa que “a hipótese de incumprimento é, com efeito, profundamente diversa da hipótese de impossibilidade superveniente e da excessiva onerosidade também ela superveniente”.

(3) GIUSEPPE VETTORI, *Contratto e Rimedi*, 2.^a ed., Cedam, 2009, p. 687: A procura de um fundamento para o instituto pressupõe a unidade do remédio resolutório, quando o direito admite várias modalidades de resolução, que operam de modo diverso. Estas figuras “têm verosivelmente um fundamento comum, mas a razão de ser de cada uma delas apresenta também elementos específicos diferenciados”. O que “torna mais complicada e menos útil a indagação em torno de uma única natureza”.

(4) ROSALBA ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, Rivista Critica del Diritto Privato 1984, n.º 1, p. 55, ss., p. 99. A autora, *ob. cit.*, p. 61, considera que a doutrina dominante preservou a coerência e a unidade sistemática da resolução ignorando, censurando, a multiplicidade dos dados normativos.

(5) Para VINCENZO ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, in Poteri del giudice e poteri delle parti, dir. por Claudio Consolo, Ilaria Pagni, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo e Marisaria Maugeri, il Mulino, Bologna, 2018, p. 13, ss., p. 18, as consequências práticas da resolução são mais fáceis de gerir na compra e venda — o Autor fala mesmo de consequências tranquilas — do que na empreitada, em que tais consequências podem ser, nas suas palavras, dificilmente suportáveis e devastadoras (“ingestibili e devastanti”).

(6) VINCENZO ROPPO, *Risoluzione per Inadempimento*, in Le Parole del Diritto, Scritti in Onore di Carlo Castronovo, Jovene Editore, 2018, Vol. III, p. 1839, ss., p. 1843: “Quando se fala em resolu-

Acresce que proliferam figuras próximas da resolução, mas simultaneamente distintas — a revogação da doação, a revogação do mandato, o direito de arrependimento ou retratação, para mencionar algumas — sendo que algumas delas podem contribuir para tornar pouco frequente e porventura menos útil o recurso à resolução em relação a certos tipos contratuais (pense-se na relativa facilidade de revogação do mandato⁽⁹⁾ que não seja de interesse comum).

A análise das normas dos arts. 432.º e seguintes não nos deve fazer esquecer a existência de resoluções “atípicas” de que são um bom exemplo várias hipóteses de resolução previstas na Lei do Contrato de Seguro: a LCS prevê uma resolução automática do contrato de seguro por falta do pagamento do prémio na generalidade dos contratos de seguro e prevê a resolução por incumprimento de deveres de informação do segurador pré-contratuais.

Em todo o caso, parece-nos poder afirmar-se na esteira de um dos principais estudiosos da figura, THOMAS GENICON, que a resolução é “demasiado familiar para ser bem conhecida”⁽¹⁰⁾ e apresenta uma “curiosa mis-

ção do contrato, e se procura determinar o regime resolutório mais apropriado, não se pode visar um modelo homogêneo e unitário, válido para o contrato “em geral”, mas diferenciar em função de cada tipo legal. Assim, por exemplo, a própria lei diferencia sensivelmente, a resolução da compra e venda e a resolução da empreitada. Em suma, a cada tipo contratual, a sua própria resolução.”

(7) Muito sugestiva é igualmente a observação de ENRICO ENRIETTI, *Della Risoluzione del Contratto*, Anotação aos artigos 1453 a 1469, in Codice Civile, Commentario dir. por MARIANO D’AMELIO e ENRICO FINZI, Vol. I, G. Barbèra Editore, Firenze, 1948, p. 780, ss., pp. 797-798: “A resolução é um fenómeno dirigido a eliminar ou neutralizar a situação jurídico-económica criada em seguida à conclusão do contrato. Digo, desde já, que esta resolução não pode operar com um *mecanismo unitário*, ou seja, idêntico em todos os casos. É evidente que os meios necessários para evitar as diversas situações jurídico-económicas criadas por força de diversos contratos não podem ser sempre os mesmos: o meio jurídico idóneo a eliminar a situação jurídico-económica criada com a transmissão da propriedade não pode ser o mesmo que serve para eliminar as situações criadas com a assunção de uma obrigação, a extinção de um débito, a verificação de um direito [l’accertamento di un diritto] (...) O instituto da resolução não indica um fenómeno típico, quer dizer unitário, mas uma categoria de fenómenos caracterizados apenas pelo facto de serem dirigidos a eliminar ou neutralizar uma situação jurídico-económica criada em seguida a um contrato: entre estes vários fenómenos não pode existir uma identidade de conteúdo, mas apenas de função”.

(8) Cf. FERNANDO A. FERREIRA PINTO, *Resolução dos Contratos Duradouros*, Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil, coord. por Elsa Vaz de Sequeira e Fernando Oliveira e Sá, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 463, ss., p. 469, que destaca a existência “em praticamente todas as ordens jurídicas” de “um princípio geral de dissolubilidade das relações duradouras com fundamento em justa causa”.

(9) Neste sentido cf. ENRICO DEL PRATO, *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, I Contratti 2013, n.º 7, p. 653, ss., p. 654.

(10) THOMAS GENICON, *La Résolution du Contrat pour Inexécution*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2007, p. 773.

tura de dificuldades muito teóricas [dogmáticas], que convidam a uma reflexão fundamental, e de dificuldades muito técnicas”⁽¹¹⁾, com sérios problemas práticos.

A própria questão do fundamento da resolução é altamente polémica, embora alguns autores acabem por declarar-se “agnósticos”⁽¹²⁾ ou afirmem, mesmo, que se trata de questão desprovida de real interesse.

Antes de a abordar, convirá, porventura, fazer uma alusão, ainda que muito breve à história da resolução por incumprimento.

2. Breve referência à história do instituto

O entendimento largamente dominante entre os romanistas e os historiadores do direito é o de que não existia no direito romano a possibilidade de resolução do contrato por incumprimento, ao menos como remédio geral acessível em todo e qualquer contrato. Nos contratos nominados, pelo menos, tal possibilidade era em regra rejeitada, ainda que existisse a possibilidade, por exemplo, na compra e venda de recorrer à *lex commissoria*. Já nos contratos inominados seria possível através da *causa data causa non secuta* reagir contra deslocações patrimoniais que acabavam por carecer de causa justificativa^(13/14).

⁽¹¹⁾ THOMAS GENICON, *La Résolution du Contrat pour Inexécution*, cit., p. 3.

⁽¹²⁾ Assim, por exemplo, GIUSEPPE AMADIO, *Lezioni di Diritto Civile*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, pp. 4-5, que considera ser praticamente irrelevante a discussão em torno dos fundamentos do instituto. Também GIANGUIDO SCALFI, *Risoluzione del Contratto I) Diritto Civile*, Enciclopedia Giuridica Treccani, Vol. XXVII, Roma, 1991, p. 3, afirma que “[q]uando um remédio está previsto em termos gerais pela lei não há qualquer necessidade de recorrer a outros instrumentos jurídicos para explicá-lo”. Contra RAFAEL VERDERA SERVER, *ob. cit.*, p. 73, que critica o “agnosticismo” quanto ao fundamento do instituto e defende que “um exame sobre a *ratio* da resolução por incumprimento pode permitir uma construção teórica satisfatória e, por conseguinte, oferecer soluções aos concretos problemas através de um critério lógico de coordenação”.

⁽¹³⁾ ENRICO DELL’AQUILA, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, Rivista di Diritto Civile, p. 836, ss., sustenta que o recurso cada vez mais frequente ao instituto da resolução relativamente a mecanismos de manutenção do contrato se ficou a dever ao facto de que os meios de coerção para levar o devedor a executar a prestação se foram tornando mais débeis e ineficazes. Considerando que tais meios de coerção podiam nas primeiras fases do direito romano incidir sobre a própria pessoa do devedor, só em casos excepcionais é que o credor poderia estar interessado na cessação da relação contratual. Durante muitos séculos o mundo ocidental conhece a resolução por incumprimento em alguns tipos de contrato, mas não sente a necessidade de um meio geral resolutivo dos contratos com prestações corresponsivas. Teria sido o cristianismo com duas influências de sinal oposto, mas que vieram a equilibrar-se a alterar esta a situação: por um lado, reduzindo a severidade das sanções aplicáveis ao devedor que não cumpre, mas, por outro lado, acentuando a necessidade de equidade e equi-

A doutrina dominante considera que o papel essencial no reconhecimento de uma regra geral de resolução do contrato na hipótese de incumprimento terá cabido aos canonistas⁽¹⁵⁾. Ter-se-á gerado aquilo a que SCHMIDLIN designou por um paradoxo na história do instituto:

“O paradoxo consiste, pois, no facto de que a regra da resolução do contrato, desconhecida [como regra geral] dos juristas romanos, surge materialmente do direito canónico, mas foi formalmente integrada no direito comum através do direito romano”⁽¹⁶⁾.

A descoberta deste princípio ético terá tido, todavia, um impacto muito limitado nos glosadores e comentadores⁽¹⁷⁾. Bártolo — ainda que,

livro nas relações intersubjetivas com o princípio posteriormente acentuado pelos canonistas *frangenti fidem non est fides servanda*.

⁽¹⁴⁾ PIETRO CERAMI, *Risoluzione del contratto*, a) *Diritto Romano*, Enciclopedia del Diritto, Vol. XL, Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 1277, ss., p. 1289, destaca que “a pura e simples bilateralidade (...) não legitima, na perspectiva dos juristas romanos, a resolução por incumprimento”, mas em alguns contratos atípicos atende-se ao desaparecimento da causa com prejuízo exclusivo para uma das partes (*ob. cit.*, p. 1290).

⁽¹⁵⁾ UGO PETRONIO, *Risoluzione del contratto*, b) *Diritto Intermedio*, Enciclopedia del Diritto, Vol. XL, Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 1293, ss., p. 1297, considera fundamental a obra dos canonistas. MICHEL MONOD, *La Résolution des Contrats Synallagmatiques Parfaits, Étude comparative de droit suisse et de droit français*, Imprimerie Chabloz S.A., Tolochenaz, 1987, p. 18, sublinha que os canonistas se afastaram gradualmente do formalismo e destacaram o nexo de causalidade entre as obrigações recíprocas geradas por contratos sinalagmáticos. No século XII HUGUCCIO define a regra segundo a qual aquele que não cumpre a sua promessa perde o direito de exigir ao outro contraente que execute a sua: “*frangenti fidem non est fides servanda*”. Deste adágio — REINHARD ZIMMERMANN, *Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter...*, *Condictio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrecht*, AcP 193 (1993), p. 121, ss., pp. 160-161, refere-se a “*frangenti fidem fides frangatur eidem*” — resultava não apenas a exceção de não cumprimento, mas também a possibilidade de resolução do contrato no caso de incumprimento pelo outro. Mas o contraente deveria recorrer a um tribunal que tinha um amplo poder de apreciação. “A resolução canónica era uma instituição em parte contratual e em parte penal”. Sobre a influência dos canonistas cf., na doutrina nacional, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX, Direito das Obrigações, Cumprimento e Não-Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção, 3.^a ed. totalmente revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2017, p. 909, ss.

⁽¹⁶⁾ BRUNO SCHMIDLIN, *La Risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullità ex tunc al rapporto di liquidazione contrattuale*, Europa e diritto privato, 2001, n.º 4, p. 825, ss., p. 825.

⁽¹⁷⁾ Cf. KARL OTTO SCHERNER, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung, Untersuchungen zur deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit*, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1965, pp. 8-9: o tratamento da resolução pelos legistas e canonistas foi fundamental, do ponto de vista ético-moral. Em um contrato com prestações de ambas as partes, o cumprimento de uma delas era a condição para a vinculação da outra. A violação do contrato punha em causa não apenas a vontade de vinculação negocial, mas era objetivamente ilícita. Terá sido Hugo de Pisa (HUGUCCIO) em 1187 a afirmar o princípio de que uma parte não tem de realizar a sua prestação quando a outra não realizou a sua ou violou os seus deveres contratuais. Esta resolução tinha, todavia, um carácter sancionatório e só poderia ocorrer face a incumprimentos imputáveis. Invocando-se uma condição, não seria, em rigor, necessária a intervenção judicial. Mas estas considerações dos canonistas não podiam ser aceites pelos legistas porque entrariam em conflito com o *Corpus iuris civilis*.

segundo alguns autores de modo não inteiramente coerente ou consistente em toda a sua obra — considerou que a prestação era a condição da contra-prestação e vice-versa, de tal modo que o cumprimento realizado por um é a causa da prestação do outro, com a consequência de que até ao cumprimento da segunda prestação o contrato não estaria perfeito porque faltaria a causa da primeira prestação. E se a segunda prestação não for cumprida o contrato poderia ser resolvido por força do princípio escolástico *cessante causa cessat effectus*.

Mas fora do direito canónico a maior parte dos juristas terá negado este alargamento da regra a todo o direito contratual porque a mesma contrariava frontalmente o *Corpus Iuris*⁽¹⁸⁾.

Apesar do princípio ter sido aceite posteriormente por jusnaturalistas, como GROTIUS e PUFFENDORF⁽¹⁹⁾, há, na realidade, bons argumentos a favor da tese segundo a qual a resolução do contrato por incumprimento terá sido, na realidade, fundamentalmente obra dos práticos do direito, mormente dos Tribunais franceses — tanto mais que só uma parte da França era território de direito escrito, com aplicação do direito romano.

A jurisprudência dos Parlamentos franceses na segunda metade do século XVI e no século XVII na parte da França em que não se aplicava o direito romano, mas antes o costume, terá sido decisiva na generalização da resolução por incumprimento nos contratos sinalagmáticos^(20/21), consi-

(18) Segundo informa SCHERNER, *ob. cit.*, p. 62, pelo menos na Idade Moderna desenvolveu-se uma forma de exceção de não cumprimento dilatória que podia ser invocada em tribunal e que permitia a recusa da prestação própria enquanto a outra parte não efetuasse a sua própria prestação (“Trotz des allgemeinen Rücktrittsverbots bei den Nominatkontrakten oder vielleicht gerade deswegen hat die gemeinrechtliche lehre im Anschluß an die mittelalterliche Doktrin damit ein faktisches Rücktrittsrecht entwickelt, das einem Teil in vielen Fällen gestattete, den Vertrag wohl nicht aufzulösen, so doch für den nicht vertragstreuen Gegner nicht mehr klagbar zu machen”). Esta recusa podia operar indefinidamente, embora não extinguísse o contrato, representando para o autor uma espécie de resolução de facto operando, de resto, perante qualquer incumprimento e mesmo face ao não cumprimento por exemplo de uma cláusula modal. Um outro modo de proteger o vendedor face à falta de pagamento do preço consistia em defender que a propriedade da coisa vendida só se transmitia com o pagamento do preço e que, por conseguinte, a reivindicação ainda era possível (*ob. cit.*, p. 71).

(19) SCHERNER, *ob. cit.*, pp. 91-92 e 99: Para a Escola de Direito Natural (Grotius) o contrato surge como autovinculação pela vontade não sendo necessária qualquer causa para a sua força vinculante. O direito de resolução é construído a partir dessa conceção voluntarista do contrato. GROTIUS e PUFFENDORF desenvolverão a noção de que as prestações num contrato estão mutuamente condicionadas, o que WOLFF designará por *prestaciones mutuae*. Esta doutrina valia para todos os contratos mesmo os *pacta nuda* porque em todos eles o consenso e só o consenso das partes gera a vinculação.

(20) Para BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y Sinalagma Contractual*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2013, p. 39, a mudança teria a sua origem em práticos do direito como CHARLES DUMOULIN que passou a aplicar a doutrina da causa e da *condictio ob causam* não apenas aos contratos inominados, mas aos próprios contratos nominados, apesar da proibição expressa do

derando DOMAT e, mais tarde, POTHIER que nos contratos sinalagmáticos se pode presumir que cada uma das partes só quer cumprir aquilo a que se obrigou na medida em que a outra faça o mesmo. Desenvolveu-se, assim, a ideia de uma condição resolutiva tácita que aparecerá depois no Code Civil. Mas já no tempo dos Paramentos a intervenção do juiz era necessária: o juiz não se limitava a constatar a resolução, mas era ele quem a pronunciava e dela retirava as consequências⁽²²⁾. E enquanto a resolução não tivesse sido decidida pelo Tribunal o cumprimento *in natura* do contrato permanecia possível.

Esta evolução essencialmente pretoriana⁽²³⁾ desembocaria no reconhecimento pelo Code Civil da faculdade de resolução por incumprimento como assente em uma condição resolutiva tácita⁽²⁴⁾. Ainda que tal norma tenha tido uma influência muito importante, para não dizer decisiva, no reconhecimento da figura, podendo afirmar-se com BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO que o art. 1184 do Código francês se converteu “no ponto de arranque e primeiro passo de uma evolução, a qual se por um lado fez com que a instituição fosse reconhecida em todos os ordenamentos europeus, por outro lado, modificou a sua estrutura e efeitos”⁽²⁵⁾.

Sublinhe-se que neste modelo a resolução se apresentava como sendo necessariamente judicial⁽²⁶⁾ — aliás só em 2016 é que a lei francesa passou a admitir uma resolução extrajudicial por notificação à contraparte,

direito romano com o que a resolução perdeu todo o caráter excecional e converteu-se em um remédio alternativo à ação em cumprimento.

⁽²¹⁾ De acordo com SCHERNER, *ob. cit.*, p. 136, os Humanistas tiveram mais influência em França do que na Alemanha porque o *Corpus iuris civilis* não tinha a mesma importância política na legitimação do soberano. O autor considera que o papel de CONNANUS tem sido sobrestimado, mas tal como BOYER, *ob. cit.*, p. 342, ss., e BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO, dá muita importância a DUMOULIN. Este autor desenvolveu a resolução por incumprimento como princípio geral não apenas nos contratos sinalagmáticos, mas inclusive em contratos unilaterais como o mútuo, e quer se tratasse de contratos nominados ou inominados.

⁽²²⁾ Como destaca SCHERNER, *ob. cit.*, pp. 138-139, a resolução do contrato tinha eficácia retroativa também em relação a terceiros, com a consequência da possibilidade de exercício da *rei vindictio*. Terá sido também por isso que a intervenção do tribunal passou a ser necessária.

⁽²³⁾ THOMAS GENICON, *ob. cit.*, p. 4: “A resolução não é outra coisa que um instrumento prático fabricado pelo juiz e para o juiz e que permanece rebelde, hoje como outrora, às veleidades dogmáticas, por vezes redutoras, da doutrina”.

⁽²⁴⁾ Como destaca REINHARD ZIMMERMANN, *Heard melodies...*, *cit.*, p. 167, baseando-se o contrato exclusivamente na vontade, o apelo à condição tácita tinha a vantagem de também esta ser legitimada pela vontade dos contraentes, com o que o desvio face ao princípio *pacta sunt servanda* encontrava ainda o seu fundamento nessa vontade e, em rigor, deixava de ser concebido como um genuíno desvio...

⁽²⁵⁾ BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO, *ob. cit.*, p. 45.

⁽²⁶⁾ SCHERNER, *ob. cit.*, p. 139: “O poder do juiz de decidir sobre a manutenção do contrato é um traço essencial do direito de resolução francês”.

embora a jurisprudência francesa já a permitisse há muito⁽²⁷⁾ — havendo, por conseguinte, um importante controlo judicial e até um certo favor pela manutenção do contrato, porque que se dava ao devedor um prazo suplementar para cumprir. Por outro lado, era patente a proximidade da resolução por incumprimento com a cláusula resolutiva, aceitando-se como evidente a retroatividade da resolução (retroatividade que no direito francês era uma retroatividade real que não salvaguardava sequer direitos de terceiros). Deste modo as prestações efetuadas em cumprimento do contrato, que mais tarde era resolvido, deixavam de ter uma causa justificativa, o que aproximava a resolução da repetição do indevido⁽²⁸⁾.

Na Alemanha, o primeiro projeto do Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten previa no seu § 268 um direito geral de resolução no caso de incumprimento do contrato por simples declaração escrita à contraparte, mas tal proposta deparou com forte resistência e acabou por consagrar uma solução de compromisso que SCHERNER considera pouco feliz: a resolução, que teria de se fundar no incumprimento de obrigações que claramente resultavam do contrato, tinha, desde que o objeto do contrato tivesse um certo valor (superior a 50 tálers), de ser requerida judicialmente. O tribunal teria, primeiro, que decidir se a resolução era fundada (§§ 396, ss.)

Mas a Pandectística germânica na sua maior parte foi hostil⁽²⁹⁾ ao reconhecimento de um direito geral de resolução pelo incumprimento.

Foi, todavia, na Alemanha, que se deu um passo importante na história da resolução pelo incumprimento, com o Código Comercial: o Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch de 1861 introduziu a possibilidade de uma resolução pelo credor através de uma declaração unilateral de vontade⁽³⁰⁾ na compra e venda comercial, a qual podia até ser cumulada com

⁽²⁷⁾ LOUISE BOTTIN, *Les sanctions de l'inexécution après la réforme des contrats*, L'Harmattan, Paris, 2020, p. 65: a jurisprudência francesa, muito antes da reforma, começou por admitir que a resolução extrajudicial podia ocorrer em situações de urgência ou de perigo iminente quando a manutenção do contrato pudesse causar um prejuízo irreparável a um dos contraentes, bem como quando o contrato pressupusesse uma confiança particular no outro contratante.

⁽²⁸⁾ Esta visão não se restringia, de modo algum, a França. Veja-se o que afirma RODOLFO SACCO, *Concordanze e Contraddizioni in Tema di Inadempimento Contrattuale (una Veduta d'Insieme)*, Europa e Diritto Privato, 2001, n.º 1, p. 131, ss., p. 148: “O contrato é resolvido. Já não existe. As transmissões de direitos (designadamente de propriedade) que eram o seu efeito são suprimidas. As prestações executadas são doravante desprovidas de justificação. Entram em jogo as regras sobre a repetição do indevido, o enriquecimento sem causa, as restituições”.

⁽²⁹⁾ UGO PETRONIO, *ob. cit.*, p. 1303, sublinhou que “a mesma não elaborou soluções unívocas, também pela dificuldade em conduzir a um sistema a análise casuística do direito romano” e compara as soluções contrastantes de WINDSCHEID, por um lado, e de ARNDTS e PUCHTA pelo outro.

⁽³⁰⁾ SCHERNER, *ob. cit.*, p. 177, refere que nos trabalhos preparatórios houve alguma resistência precisamente porque se discutia qual seria o momento em que o contrato cessaria quando a outra parte

uma indemnização (cumulação afastada pela versão original do BGB). O BGB tinha, de resto, segundo uma parte da doutrina alemã uma posição algo ambígua quanto aos efeitos da resolução, tratando-se de uma difícil solução de compromisso⁽³¹⁾. A solução em princípio da alternatividade entre resolução e indemnização conduziu mesmo a que a opção pela resolução do contrato se transformasse, como entre nós sublinhou PAULO MOTA PINTO⁽³²⁾, em verdadeira “armadilha jurídica”...

A possibilidade de uma resolução extrajudicial foi posteriormente consagrada no nosso Código Civil de Seabra⁽³³⁾, na lei suíça e no Código Civil italiano de 1941.

É frequentemente apontada como principal vantagem da resolução extrajudicial a possibilidade de evitar os custos e as demoras de um processo judicial. Na verdade, e como veremos melhor adiante, a possibilidade

contestasse a existência do incumprimento, com a consequente incerteza e aumento da litigiosidade. Como adiante veremos a questão mantém atualidade...

⁽³¹⁾ SVEN ERIK WUNNER, *Die Rechtsnatur der Rückgewährpflichten bei Rücktritt und auflösung der Bedingung mit Rückwirkungsklausel*, AcP 168 (1968), p. 425, ss., pp. 430-431, destaca que o BGB na sua versão original tinha uma posição muito cautelosa quanto aos efeitos da resolução, limitando-se no § 346 a consagrar o dever de restituir as prestações e nada dizendo quanto às prestações ainda não executadas. O silêncio seria intencional (“Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, das Wesen des Rücktritts näher zu bestimmen”) em razão da divergência existente entre o projeto inicial e a 2.^a comissão de revisão. O Entwurf I basear-se-ia no direito romano e tinha uma regulamentação unitária da resolução: tratava-se de repor o *status quo ante*. Previa-se uma obrigação de restituição das prestações (*obligatio ad restituendum in integrum*) e uma Einrede (uma exceção) relativamente aos deveres de prestação ainda não cumpridos. Para o autor a resolução acabava, assim, por agir só indiretamente sobre o contrato; mais precisamente incidia, antes, sobre os efeitos do contrato. Esta posição demarcava-se da dominante ao tempo da redação do BGB que aproximava a resolução da condição resolutiva, embora fosse discutido se tinha eficácia *ex nunc* ou *ex tunc* e se só tinha eficácia real ou obrigacional. O primeiro projeto do BGB ao aproximar-se do direito romano negava qualquer eficácia real à resolução para proteger a segurança do comércio jurídico. O segundo projeto e a comissão revisora afastaram-se desta visão, mas acabaram por manter uma atitude muito prudente quanto à natureza e efeitos da resolução.

⁽³²⁾ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Editora, 2008, Vol. II, p. 1625.

⁽³³⁾ Alguma doutrina estrangeira — referimo-nos a MAURO PALADINO, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 30-31 — considera original o tratamento da resolução (designada de rescisão) nesse nosso Código. O autor sublinha que o Código de Seabra disciplinava a resolução do contrato sem distinguir entre o incumprimento culposo e o não culposo e no seu art. 709.^o previa que nos contratos bilaterais, em caso de incumprimento de uma das partes, a outra podia considerar-se como deixando de estar obrigada ao cumprimento da prestação corresponsiva. PALADINO interroga-se se não se trataria de um sistema de resolução automática, tanto mais que apenas se previa o recurso ao tribunal para uma ação a exigir o cumprimento ou para ressarcimento do dano. A reforma de 16 de dezembro de 1930 veio acrescentar que a parte que não se achasse em situação de incumprimento podia considerar-se liberada da sua obrigação, ainda que a falta de cumprimento da outra parte fosse devida à impossibilidade material ou jurídica de cumprimento.

de um controlo judicial mantém-se⁽³⁴⁾, uma vez que na maior parte dos sistemas da *civil law* a resolução pressupõe um incumprimento grave pelo que o destinatário da declaração de resolução pode sempre recorrer ele próprio aos tribunais invocando uma série de argumentos — por exemplo, que não se verificou qualquer incumprimento da sua parte, ou que a verificar-se este não foi grave (ou suficientemente grave), ou que foi a outra parte a incumprir primeiro, tendo-se limitado a recusar a prestação ao abrigo da exceção de não cumprimento. Em suma, frequentemente o recurso aos tribunais acabará por ocorrer. Pode, na realidade, questionar-se se a principal vantagem da resolução extrajudicial não será antes o caráter imediato da liberação do credor resolvente. Aliás, alguma doutrina refere-se, mesmo, a uma função de garantia. Pense-se, por exemplo, na resolução de uma compra e venda por falta de pagamento do preço — situação possível no nosso Código Civil embora apenas quando prevista no contrato — em que o vendedor recupera a propriedade da coisa (supondo que esta ainda existe na titularidade do comprador), o que para alguns autores seria particularmente vantajoso quando o comprador ameaça vir a ficar proximamente em situação de insolvência.

Como destaca BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO⁽³⁵⁾, um passo importante na evolução da resolução por incumprimento foi dado quando se conseguiu conjugar as vantagens das conceções francesa e alemã, respetivamente, a compatibilidade da resolução e da reclamação de danos e o caráter extrajudicial da resolução. O primeiro ordenamento que empreendeu este caminho terá sido o austríaco que, em 1917, reformou o texto originário do ABGB e aceitou a resolução como remédio geral no caso de incumprimento, dotando-a de caráter extrajudicial e permitindo a sua compatibilidade com a indemnização do dano (§§ 918 a 921 ABGB), orientação seguida pelo atual Código Civil português.

⁽³⁴⁾ DENIS MAZEAUD, *La place du juge en droit des contrats*, Revue des Contrats 2016, p. 353, ss., p. 357: No caso de resolução extrajudicial o juiz não fica desprovido de todo o poder de controlo. “Com efeito, o devedor poderá sempre invocar que o seu incumprimento não foi suficientemente grave para justificar a resolução que lhe foi notificada pelo seu credor. Acresce que como o credor que resolve unilateralmente o contrato está sujeito a uma obrigação de motivação, o juiz poderá apreciar a seriedade e a legitimidade dos motivos que o levaram a resolver o contrato. Expulsai o juiz pela porta e ele regressa pela janela!” (“Chassez le juge par la porte, il revient par la fenêtre !”). Também MUSTAPHA MEKKI, *Le juge et les remèdes à l’inexécution du contrat*, Revue des Contrats 2016, p. 400, ss., p. 406, considera que a resolução judicial será a única via possível quando as partes, na falta de acordo, queiram obter a restituição de prestações, pelo que a resolução judicial continua a ser de grande importância (“conserve ainsi un intérêt majeur”).

⁽³⁵⁾ Aut. e ob. cit., p. 47.

3. A resolução é uma causa de extinção do contrato?

Mas a evolução histórica conduziu igualmente a uma alteração fundamental na compreensão da resolução. A resolução foi durante muito tempo encarada como uma causa de extinção do contrato (e note-se que o Código Civil francês após a Reforma de 2016 se refere expressamente à resolução como causa de extinção do contrato)⁽³⁶⁾. Esta visão associada historicamente ao peso da condição resolutiva no desenvolvimento histórico da resolução por incumprimento implicava que as prestações realizadas ao abrigo do contrato depois de este ter sido resolvido deixassem de ter causa justificativa. OERTMANN⁽³⁷⁾, por exemplo, sustentou que a resolução destruía o contrato e tinha necessariamente eficácia *ex tunc*. A resolução tinha um efeito direto sobre o contrato, porque só isso corresponderia à vontade das partes. Nesta perspetiva, a resolução aproximava-se da *condictio ob causam finitam*. As normas legais sobre a restituição das prestações na sequência da resolução regulavam um caso especial, mas subsidiariamente poderiam aplicar-se as regras sobre o enriquecimento sem causa.

Esta visão cedeu, todavia, o passo a uma outra que nega que a resolução extinga o contrato. Na visão de HANS STOLL a relação contratual perdura apesar da resolução, sendo que a relação obrigacional é apenas alterada no seu conteúdo (transformada no seu oposto ou inverso, numa relação de liquidação)⁽³⁸⁾. A relação de liquidação permanece contratual (e não legal como a pretensão baseada no enriquecimento sem causa) e tem o seu fun-

(36) Art. 1229 (1): “la résolution met fin au contrat”.

(37) *Cit apud* SVEN ERIK WUNNER, p. 431.

(38) Cf. ERNST WOLF, *Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden*, AcP 153, p. 97, ss., p. 103: A resolução não atinge a existência (“Bestand”), mas apenas o conteúdo da relação obrigacional como organismo, e as pretensões de restituição têm as suas raízes na relação obrigacional no seu conjunto, a qual persiste; assim, é o contrato que proporciona o fundamento das relações jurídicas reconfiguradas (“der Vertrag bildet auch die Grundlage der neugestalteten Rechtsbeziehungen”). Para este autor, *ob. cit.*, p. 105, os efeitos da resolução decorrem de uma declaração de vontade recetícia e unilateral e são, por conseguinte, efeitos de um negócio jurídico, pelo que a relação de liquidação é ela própria uma relação negocial, é a relação obrigacional originária modificada no seu conteúdo (*ob. cit.*, p. 108). Cf., igualmente, BRUNO SCHMIDLIN, *Der Rücktritt vom Vertrag, Von der Nichtigkeit ex tunc zum vertraglichen Liquidationsverhältnis — ein dogmengeschichtlicher Wandel*, in *Iurisprudentia Universalis*, Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, dir. por Martin J. Schermaier, J. Michael Rainer e Laurens C. Winkel, Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien, 2002, p. 677, ss., p. 689: A mesma confiança que fundou o contrato está também na base da relação de liquidação. As partes sabem, à luz da boa fé, que as suas prestações estão reciprocamente condicionadas. Se por razões imputáveis a uma das partes a sua prestação não é executada ela sabe que a deverá restituir. Não é necessária qualquer intervenção judicial: a relação de liquidação é suportada pela vontade contratual e tem natureza contratual. “A eventualidade de resolução é parte integral do consenso e da confiança mútua que estiveram na base da celebração do contrato”.

damento no próprio contrato e na vontade das partes, interpretada e integrada à luz da boa fé. Trata-se de uma visão que terá partido da tese de SIBER e da compreensão do contrato como um “organismo” e cujas principais vantagens terão sido, por um lado, permitir a manutenção de certas cláusulas contratuais⁽³⁹⁾ e, por outro, a manutenção de deveres de proteção e de certos deveres secundários de conduta. Este entendimento de que a resolução não faz cessar a relação contratual, mas apenas a altera, transformando-a em uma relação de liquidação, tem uma extensa série de consequências ou corolários: para começar — aspeto que discutiremos com mais detalhe adiante — quebra o nexo entre a resolução e o enriquecimento sem causa. Aliás pode afirmar-se que a Reforma alemã do direito das Obrigações neste domínio representou o culminar de um processo de separação do direito da resolução relativamente ao enriquecimento sem causa por força de uma mudança fundamental na compreensão da resolução⁽⁴⁰⁾. Cava-se, ainda mais, o fosso entre a invalidade e a resolução, sendo que, em rigor, já mesma na visão da resolução como causa extintiva do contrato, haveria uma diferença de monta entre um contrato com um vício genético e um contrato perfeitamente válido, mas, entretanto, resolvido. As normas legais aparecerão em regra como normas dispositivas; e facilita-se a compreensão de que a resolução do contrato pode concorrer

⁽³⁹⁾ Não desenvolveremos neste estudo este aspeto, mas é questão controvertida a de saber quais as cláusulas contratuais que sobrevivem à resolução de um contrato. THOMAS GENICON, *Coup de théâtre: la résolution du contrat emporte avec elle la clause limitative de responsabilité!*, Revue des Contrats 2011, n.º 2, p. 431, ss., comenta um Acórdão não publicado da Cour de cassation francesa que decidiu que a resolução do contrato implicava a destruição retroativa do mesmo e a reposição da situação anterior pelo que não havia que aplicar cláusulas limitativas de responsabilidade (“la résolution de la vente emportant anéantissement rétroactif du contrat et remise des choses en leur état antérieur (...) il n’y avait pas lieu d’appliquer les clauses limitatives de responsabilité”). GENICON alerta para os perigos de um “dogmatismo cego” e sublinha que a resolução não deve ser assimilada à invalidade e que não se deve ter uma falsa compreensão da retroatividade. Para o autor devem sobreviver à resolução do contrato “as cláusulas que têm por objeto acompanhar ou organizar a retirada da operação contratual, como é o caso precisamente de uma cláusula limitativa da responsabilidade”. Assim, as cláusulas limitativas de responsabilidade devem, em princípio, sobreviver à resolução do contrato. Mas o autor admite uma exceção: a hipótese de uma cláusula de responsabilidade que visa expressamente e determina antecipadamente a indemnização a receber por um prejuízo específico que ocorra no processo de execução do contrato: por exemplo, a cláusula de um contrato de empreitada que fixa uma indemnização *a forfait* pelo dia de atraso na conclusão de uma obra. “A razão é simples: a resolução faz desaparecer o direito ao cumprimento, o direito à prestação, não se pode permitir a indemnização por equivalente”.

⁽⁴⁰⁾ JÜRGEN KOHLER, *Rücktritt und Bereicherungsrecht — Studien zur Umkehrung einer herrschenden Meinung*, ZfPW 2017, p. 404, ss., p. 405, autor que aliás é muito crítico relativamente a esta evolução. Sublinhe-se, em todo o caso, como o mesmo autor destaca, *ob. cit.*, p. 445, que a proclamada separação entre resolução e enriquecimento sem causa não é total como resulta do § 346 Abs. 3 S. 2 BGB que acaba por fazer um apelo subsidiário ao enriquecimento sem causa.

com a reparação do dano sofrido pelo resolvente e até com o interesse contratual positivo. Com efeito, na visão da resolução como destruindo o contrato, como poderia o resolvente por um lado “matar” o contrato, mas por outro pretender que a reparação do dano o colocasse na situação em que estaria se o contrato fosse pontual e exatamente cumprido? Outro aspeto a ter em conta, como veremos, é que quando a restituição de uma prestação se faça em valor será agora mais fácil de justificar que se atenda para o efeito ao preço contratualmente acordado^(41/42).

Em contrapartida, a “nova” visão da transformação do conteúdo do contrato que subsiste apesar da resolução, força a rever conceitos tradicionais. Assim, por exemplo, é muito frequente afirmar-se que o escopo da resolução é repor as partes na situação em que estariam se o contrato não tivesse sido celebrado. Mas, como observa DÖLL⁽⁴³⁾, é incoerente dizer que o contrato se mantém e afirmar simultaneamente que o escopo da resolução é o de repor as partes na situação em que estariam se o contrato não tivesse sido celebrado, sendo que para o autor o genuíno escopo da resolução consiste antes em repor as partes na situação em que estariam após a celebração do contrato, mas antes da realização das prestações.

(41) Com efeito e como afirmava GIOVANNI GABRIELLI, *ob. cit.*, p. 736, n. 20: “Seria absurdo que o mecanismo repositório imposto pela cessação de uma regulamentação negocial dos interesses devesse assumir como base de determinação do valor o negócio que o ordenamento considerou que merecia ser cancelado”.

(42) MATTEO DELLACASA, *Breve indagine sull'azione per la restituzione del prezzo, ovvero sulla rilevanza dello scambio a seguito della risoluzione*, *Rivista di Diritto Civile* 2022, n.º 1, p. 15, ss., pp. 18-19, destaca que em alguns sistemas da Europa continental o preço contratual orienta a determinação do equivalente pecuniário das prestações que não podem ser restituídas *in natura*. Se se assume que a resolução não destrói o contrato, o preço contratual que representa a expressão monetária do sinalagma, pode orientar a determinação do valor das prestações que não possam ser restituídas *in natura*. Assim, também, entre nós, CATARINA MONTEIRO PIRES, *A prestação repositória em valor na resolução do contrato por incumprimento*, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Almedina, 2012, Vol. 2, p. 703, ss., p. 706: a opção por um modelo contratual “harmoniza-se com a conceção atualmente dominante na Alemanha, segundo a qual a resolução modifica (mas não destrói) a relação contratual e produz efeitos *ex nunc*”.

(43) YVES DÖLL, *Rückgewährstörungen beim Rücktritt, Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflicht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 51.

4. O fundamento (ou fundamentos) da resolução por incumprimento

A complexa história da resolução por incumprimento ajuda a compreender porque é tão polémica a identificação do seu fundamento ao ponto de a discussão ser considerada por muitos como estéril.

Historicamente foram invocadas, designadamente, a causa do contrato — para os defensores da causa tratar-se-ia do desaparecimento da causa na fase em que o contrato deveria ter realizado o seu escopo — a condição resolutiva implícita e a ideia de sanção pelo incumprimento (defendida por exemplo por AULETTA)^(44/45). Para muitos a resolução é uma manifestação do sinalagma funcional⁽⁴⁶⁾ e mesmo a sua manifestação maior⁽⁴⁷⁾. A tese da sanção foi largamente abandonada — também entre nós — muito embora ainda seja defendida por alguns autores franceses, tanto mais que a resolução em muitos sistemas, como no nosso, não requer um incumprimento culposo e, no limite, o seu efeito liberatório pode até,

⁽⁴⁴⁾ GIUSEPPE GIACOMO AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1980 (trata-se da reimpressão da obra publicada pela editora Giuffrè, milano, 1942), p. 243, ss.; entre nós, a tese da resolução como sanção foi defendida, por exemplo, por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 6.^a ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, 1989, pp. 461-462: “A rescisão supõe que um dos contraentes não executou culposamente o contrato e que o outro o executou ou se prestou a executá-lo. É preciso, em suma, que uma das partes esteja em falta e a outra não (...) A rescisão representa uma *pena* (civil) e, como tal, não pode ser imposta a um contraente quando nada se tenha a censurar-lhe”. Também em Itália a compreensão da resolução como sanção não desapareceu por completo: veja-se, por exemplo, GIOVANNI FRANCESCO BASINI, *Risoluzione del Contratto e Sanzione dell'Inadempimento*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 176, que adere à tese de AULETTA de que a resolução por incumprimento teria um escopo sancionatório. Não deixa de referir, no entanto, a ambiguidade e multiplicidade de sentidos do conceito de sanção. Para o autor a sanção resultaria da proeminência atribuída ao interesse do credor.

⁽⁴⁵⁾ A doutrina dominante em Portugal defende atualmente que a resolução do contrato não tem a natureza de sanção. Cf., por todos, MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 131: “A resolução não possui, desde logo, uma função punitiva (ou sancionatória em sentido estrito) porque não tem em vista sofrimento (do devedor inadimplente) e a reprovação como um fim em si mesmo (...) Mais do que isso, no entanto, a faculdade resolutiva não é sequer comparável com o direito à indemnização por incumprimento”.

⁽⁴⁶⁾ LUIGI MOSCO, *La Risoluzione del Contratto per Inadempimento*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1950, p. 12: “A resolução encontra seguramente o seu fundamento na interdependência entre atribuições corresponsivas”.

⁽⁴⁷⁾ ARTURO DALMARTELLO, *Risoluzione del Contratto, Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XVI, Utet, Torino, 1959, p. 127, ss., p. 127: Se a exceção de não cumprimento do contrato constitui a manifestação menor do sinalagma funcional (menor em consideração das consequências que determina no ciclo vital do contrato), a resolução por incumprimento constitui a manifestação maior. ADOLFO DI MAJO, *Le Tuele Contrattuali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 208: “A resolução define-se como um remédio dirigido principalmente a garantir o princípio sinalagmático do contrato. Quando o sinalagma esteja destinado a entrar em crise na sequência do incumprimento, deve haver lugar à resolução”.

no caso concreto, interessar ao devedor que incumpriu. Relativamente à relevância do sinalagma e mesmo que o domínio dos contratos sinalagmáticos seja o domínio por assim dizer natural da resolução por incumprimento (ver o art. 801.º n.º 2 do Código Civil) não pode esquecer-se que o nosso Código Civil, por exemplo, admite a resolução do comodato e da doação modal por incumprimento do modo (esta última no caso de a possibilidade de resolução estar prevista no próprio contrato) contratos que não são sinalagmáticos. E já BOYER observava que “[e]la [a resolução] será possível em todos os contratos que deem lugar a um intercâmbio de prestações, sem distinguir entre os contratos unilaterais e os sinalagmáticos. Sempre que um contraente não tenha obtido a vantagem imediata que esperava retirar da convenção, a obrigação que assumiu, a prestação que efetuou serão sem causa e a resolução deverá ser pronunciada”⁽⁴⁸⁾.

Destaque-se que por vezes se invoca, também, o princípio do enriquecimento sem causa⁽⁴⁹⁾ e até simplesmente a necessidade de justiça contratual⁽⁵⁰⁾.

Pode, no entanto, porventura, concordar-se com DI MAJO quando observa que “é muito provável que nenhuma destas teorias seja satisfatória, já que cada uma delas reproduz em parte os interesses que subjazem à resolução, mas não todos”⁽⁵¹⁾.

(48) G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats (Origines de l'article 1184 C.civ.)*, PUF, Paris, 1924, pp. 46-47.

(49) DELL'AQUILA, *ob. cit.*, p. 859, na esteira de POTHIER considera que foram considerações de ordem prática que justificaram a resolução por incumprimento do contrato. Se esta faculdade não existisse restaria ao credor recorrer aos tribunais para tentar obter o cumprimento da prestação e o ressarcimento do dano, com o risco de se expor a maiores despesas. Permite-se-lhe pôr fim a uma relação que se permanecesse em vida na maior parte dos casos só lhe causaria despesas inúteis e danos ulteriores. Mas também se trata de evitar um enriquecimento injustificado do contraente infiel. Na moderna doutrina alemã cf., por exemplo, ULRICH BÜDENBENDER, *Die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, Archiv für die civilistische Praxis 200 (2000), p. 627, ss., pp. 630-631, que afirma que as tarefas do direito da resolução e do enriquecimento sem causa são comparáveis e que estes institutos estão funcionalmente aparentados (p. 630) e coincidem no seu escopo (p. 631).

(50) Para RIPERT, *cit. apud* DELL'AQUILA, p. 860, n. 93, o direito de resolução é a consagração legal da ideia de justiça contratual. “L'idée profonde est toujours la même: le contrat était respectable quand il a été conclu, parce qu'il répondait à des fins légitimes; postérieurement à sa conclusion il a été déséquilibré soit par faute de l'une des parties, soit par un événement purement fortuit; exécuter ce contrat boiteux serait singulièrement immoral; il faut que le juge puisse en contrôler et, par conséquent, en refuser l'exécution”.

(51) ADOLFO DI MAJO, *Le Tutele Contrattuali...*, *cit.*, p. 200.

5. O incumprimento recíproco

Antes de prosseguir, convirá advertir que ao longo deste estudo vamos considerar sempre a situação em que um contraente “fiel” resolve o contrato por força do incumprimento do outro. Não trataremos, em suma, das situações, que não são aliás excepcionais, mas antes ocorrem frequentemente, em que se verificam incumprimentos “recíprocos” ou, melhor, de ambas as partes. Concordamos com MATTEO DELLACASA⁽⁵²⁾ quando afirma que ao tratar da resolução do contrato e do ressarcimento do dano o legislador parece partir do paradigma do incumprimento por apenas uma das partes, mas frequentemente as partes acusam-se mutuamente de incumprimento, podendo verificar-se situações de incumprimento mútuo, ou em que ambas as partes violaram os seus deveres contratuais, mormente de cooperação. Como veremos, cabem aqui situações muito distintas e não homogêneas⁽⁵³⁾ o que dificulta a solução das mesmas. Tradicionalmente, a jurisprudência e a doutrina apenas admitiam a possibilidade de resolução do contrato se houvesse um incumprimento claramente prevalecente ou preponderante, caso em que apenas o lesado por esse incumprimento teria o direito de resolver o contrato. Nesse sentido pronunciou-se, por exemplo, DENIS TALLON, para quem só deveria admitir-se a resolução no caso de incumprimentos recíprocos quando houvesse um incumprimento preponderante e apenas pelo credor que foi vítima desse incumprimento preponderante^(54/55). O autor critica, por isso mesmo, a terminologia que se tem

(52) MATTEO DELLACASA, *Prestazine e Cooperazione nei Rimedi contro l'Inadempimento: uno Sguardo Comparatistico*, Rivista di Diritto Civile 2021, ano LXVII, p. 120, ss., pp. 120-121.

(53) Concordamos inteiramente com THOMAS GENICON, *La Résolution du Contrat pour Inexécution*, cit., p. 717, quando afirma que a resolução por incumprimentos recíprocos não pode ser reduzida a um fenómeno único a que corresponda um tratamento unitário.

(54) DENIS TALLON, *La Résolution du Contrat aux Torts Réciproques*, Mélanges Charles Freyria, Ester, 1994, p. 231, ss., p. 237.

(55) MICHELE TAMPONI, *La Risoluzione per Inadempimento*, in I Contratti in Generali, dir. por Enrico Gabrielli, UTET, Torino, 1999, Tomo II, p. 1477, ss., p. 1487: O juiz chamado a decidir uma situação de incumprimentos recíprocos deve formular uma valoração unitária e comparativa dos incumprimentos contrapostos, de modo a apreciar a efetiva gravidade e eficácia causal relativamente às finalidades económicas do contrato e pronunciar a resolução em prejuízo de quem seja responsável em maior medida. Entre nós parece ser similar o entendimento de VAZ SERRA, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 1969*, Revista de Legislação e de Jurisprudência ano 104.º, n.º 3442, p. 8, ss., p. 12: “Este princípio [o consagrado no art. 570.º, n.º 1 do Código Civil] parece dever considerar-se extensivo ao direito de resolução por não-cumprimento, pois a razão é a mesma: assim, se a culpa do devedor (ou as suas consequências) for mais grave do que a do credor, este tem o direito de resolução, mas, se não o for, o credor não pode resolver o contrato. No caso do acórdão, as culpas dos contraentes foram iguais (conforme a Relação e o Supremo entenderam) e, por

vulgarizado na jurisprudência francesa de “torts reciproques”, não só por uma aproximação excessiva ao domínio delitual, mas porque os incumprimentos, ainda que mútuos, podem não ser, de todo, equivalentes⁽⁵⁶⁾. Segundo informa MATTEO DELLACASA⁽⁵⁷⁾, que, aliás, critica a solução, também alguma jurisprudência italiana tem recusado a resolução do contrato se não existir um incumprimento mais grave de um dos contratantes. Este entendimento, que parece aliás associado a uma visão sancionatória da resolução, acha-se hoje ultrapassado, porque excessivamente rigoroso.

Afigura-se-nos essencialmente correta a tese de THOMAS GENICON que defende que se devem distinguir várias situações⁽⁵⁸⁾. Podemos ter, desde logo, um caso em que um dos contraentes comete uma violação grave do contrato, a qual, só por si, justificaria a resolução do contrato, enquanto o outro comete um incumprimento que, embora sem ser totalmente insignificante ou desculpável pelo incumprimento do outro, não seria, em si mesmo, causa de resolução. Aqui frequentemente os tribunais só atenderão ao incumprimento “preponderante”, o que poderá compreender-se se o outro for por assim dizer marginal. Uma segunda situação ocorre quando ambas as partes cometem, em paralelo, violações graves do contrato que justificariam por si só a resolução do contrato — neste caso afigura-se mais razoável que o tribunal atenda simultaneamente à responsabilidade de cada um na ocorrência da resolução e à origem causal de cada dano. No entanto, destaque-se que também aqui a jurisprudência dominante em Itália, como refere ANDREA CECCHETTO⁽⁵⁹⁾, pelo menos ao nível da Cassazione,

consequente, não tinha o promitente-comprador o direito de resolver o contrato por não-cumprimento”. Todavia, a posição do autor não é inequívoca porque acrescenta, mais adiante: “[p]oderia também entender-se que, sendo iguais as culpas de ambas as partes, o promitente-comprador não deixa de ter o direito de resolução, pois sempre houve culpa do devedor e a deste não é inferior à do credor”.

⁽⁵⁶⁾ Aut. e ob. cit., p. 242 (“Car “torts réciproques” ne signifie pas “torts équivalents”. Il ne faut point oublier que le point de départ est une action en résolution, qui (...) suppose un manquement grave du débiteur (...) La résolution aux torts reciproques est donc en principe une résolution aux torts prépondérants du débiteur”).

⁽⁵⁷⁾ Aut. e ob. cit., p. 123.

⁽⁵⁸⁾ Sobre o tema cf., também, ANGELO LUMINOSO, *Della Risoluzione per Inadempimento*, Tomo I, 1, anotação ao art. 1453, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, dir. por Francesco Galgano, Libro Quarto, Delle Obbligazioni, Zanichelli Editore, Bologna e Soc. Ed. Del Foro Italiano, Roma, 1990, p. 76, ss.

⁽⁵⁹⁾ ANDREA CECCHETTO, *Risoluzione del contratto ed inadempimenti reciproci: alcune considerazioni critiche*, Il Foro Padano 2014, ano 70.º, n.º 1, cols. 23, ss., col. 26. Como o autor destaca, neste juízo comparativo o critério cronológico (a anterioridade de um incumprimento relativamente ao outro) não é necessariamente determinante (pense-se na existência de prazos diversos para o cumprimento). Mas o dado temporal pode desempenhar uma função de parâmetro para a decisão sobre qual o incumprimento prevalecente quando associado a outros critérios, como sejam a causalidade (no sentido de sucessão causal entre os incumprimentos) e a proporcionalidade.

tende a proceder a uma “valoração unitária e comparativa dos respetivos incumprimentos e comportamentos das partes”, na tentativa de determinar qual é o incumprimento que deve considerar-se “prevalecente”. Contudo pode defender-se que neste caso cada um dos contraentes terá direito a resolver o contrato e que os incumprimentos não se “compensam” ou “anulam” mutuamente^(60/61).

Uma terceira situação pode também revelar-se problemática e ocorrerá quando os incumprimentos de ambas as partes se conjugam ou se acumulam de modo a conduzir a um fracasso da relação contratual, mas sem que cada um isoladamente fosse suficiente para permitir a resolução⁽⁶²⁾. Aqui frequentemente os tribunais italianos têm-se recusado a pronunciar a resolução⁽⁶³⁾.

Seja como for, não trataremos no contexto deste estudo desta questão e partiremos sempre do paradigma do contraente “fiel” que exerce o direito de resolução por força do incumprimento (ainda que não necessariamente culposos) do outro.

6. Resolução extrajudicial e resolução judicial

A parte que pretenda resolver o contrato por incumprimento da outra tem a opção entre uma resolução extrajudicial, através de uma declaração

⁽⁶⁰⁾ Do mesmo modo cada um teria direito à indemnização pelo dano sofrido embora depois a compensação pudesse intervir uma vez quantificados os danos nas indemnizações “cruzadas”.

⁽⁶¹⁾ Entre nós cf. o Ac. STJ de 14-01-2021, processo n.º 2209/14.0TBRRG.G3.S1 (CURA MARIANO). O Acórdão que incidiu sobre uma situação de incumprimento recíproco num contrato de empreitada, admitiu que se pudesse presumir igual culpabilidade das partes (referindo o lugar paralelo do art. 497.º, n.º 2 do CC) na falta de dados de facto que permitissem atribuir diferentes graus de imputabilidade no incumprimento e afirmou que o contrato pode cessar sem um pedido de resolução de qualquer um dos contraentes por um “duplo comportamento volitivo concludente”. Decidiu, ainda, que “não se atribuindo diferentes graus de imputabilidade em situações de incumprimento bilateral de um contrato, deve, tendencialmente, excluir-se a existência de qualquer obrigação indemnizatória pelos prejuízos resultantes do incumprimento do contrato”, embora tenha, também, admitido a aplicação neste contexto do art. 570.º do Código Civil.

⁽⁶²⁾ THOMAS GENICON, *ob. cit.*, p. 718.

⁽⁶³⁾ ANDREA CECCHETTO, *ob. cit.*, cols. 27-28: os tribunais italianos tendem a rejeitar os pedidos de resolução quando os incumprimentos recíprocos não sejam, nem um nem outro, graves, como referiu o Acórdão da Cass. 6 novembro 1981 n. 5865, “a vontade negocial dirigida à cessação do contrato por mútuo consenso não pode ser deduzida implicitamente da mera proposta de pedidos contrapostos de resolução”. Em tom crítico observa ANDREA CECCHETTO (*ob. cit.*, col. 33) que “seria verdadeiramente paradoxal que fosse mantida em vida uma relação, relativamente à qual as partes perderam o interesse e, mais ainda, apresenta perfis patológicos”.

recetícia⁽⁶⁴⁾, e a propositura de uma ação de resolução. É frequente apontar-se que a resolução extrajudicial através de uma simples declaração à outra parte teria a vantagem de poupar os custos e a demora associados a uma ação judicial⁽⁶⁵⁾. Na verdade, esta vantagem é, muitas vezes, mais ilusória, que real, já que o destinatário da declaração de resolução pode vir a juízo impugnar a existência, por exemplo, de um incumprimento (ou de um incumprimento grave) da sua parte. Acresce que frequentemente a declaração de resolução não será suficiente para que a outra parte restitua a prestação que tenha recebido e o recurso aos tribunais será normalmente necessário para exigir qualquer indemnização pelo eventual dano causado pelo incumprimento ao resolvente. Afigura-se-nos, assim, mais realista a tese segundo a qual a principal vantagem da resolução extrajudicial será a rapidez em obter o efeito liberatório, permitindo ao resolvente que ainda não tenha efetuado a sua prestação, no todo ou em parte, dispor imediatamente dela, por exemplo, noutra contrato. A rapidez no efeito “extintivo” — usamos a expressão sem tomar partido na questão atrás discutida sobre se a resolução extingue o contrato ou o transforma — é, de resto, uma vantagem assinalável quando o resolvente suspeita da degradação da condição patrimonial da contraparte e quer antecipar-se a uma eventual declaração de insolvência deste. Aliás, não falta quem considere que a resolução extrajudicial será a via preferida sobretudo quando o resolvente tenha em vista essencialmente o efeito liberatório, podendo nem sequer se colocar qualquer efeito restitutivo a favor do resolvente (por este ainda não ter realizado a sua prestação) e não estar este interessado em qualquer indemnização (no limite pode não ter sofrido qualquer dano ou ter sofrido ainda um dano muito reduzido)⁽⁶⁶⁾.

(64) YVES DÖLL, *Rückgewährstörungen beim Rücktritt, Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflicht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 47: “A resolução é como direito potestativo um negócio jurídico unilateral e opera [“erfolgt”] através de uma declaração de vontade recetícia face ao destinatário da resolução (“Rücktrittsgegner”). A declaração de resolução só produz efeitos com a sua receção pelo destinatário. Não carece da indicação de motivos (BGH 10.12.1986, NJW 1987, 831, 833) nem de qualquer forma, podendo ser tácita (“der Rücktritt auch konkludent erklärt werden kann”). A declaração de resolução não pode ser sujeita a condição.

(65) Cf., por todos, LOUISE BOTTIN, p. 66.

(66) MATTEO DELLACASA, *Risoluzione per Inadempimento e Ricorso al Processo*, Rivista di Diritto Civile 2015, n.º 1, p. 40, ss., p. 44: Para o autor a vítima do incumprimento tem legitimidade para resolver imediatamente o contrato através da declaração extrajudicial se tudo o que pretende obter é a liberação do vínculo, mas terá de propor uma ação judicial, na ausência de acordo com a contraparte, se pretende conseguir a condenação desta à restituição da prestação já executada ou ao ressarcimento do dano. “Enquanto os efeitos liberatórios da resolução não requerem a propositura de uma ação judicial (...) os restitutórios e ressarcitórios implicam o exercício de uma ação judicial de condenação”. Em suma, os efeitos liberatórios da resolução podem ser ativados em autotutela, enquanto os

A via da declaração extrajudicial para a resolução por incumprimento é, todavia, uma via mais arriscada do que se poderá supor à primeira vista.

A resolução é comumente apresentada como um direito potestativo (quer se trate de um direito potestativo extintivo, quer simplesmente modificativo). Contudo, o direito à resolução por incumprimento só existe caso se tenha verificado, por exemplo, um incumprimento grave da outra parte, exigência fundamental para assegurar o respeito pelo princípio *pacta sunt servanda* e para evitar condutas oportunistas.

Pode, pois, questionar-se: se A enviar a sua declaração de resolução do contrato a B, mas na realidade não tiver existido qualquer incumprimento de B, o efeito extintivo ocorreu⁽⁶⁷⁾?

Para PEDRO ROMANO MARTINEZ^(68/69), por exemplo, a declaração de resolução, ainda que fora dos parâmetros em que é admitida, não é inválida, pelo que mesmo que injustificada, produz efeitos: ou seja, determina a cessação do vínculo. O resolvente lograria o efeito extintivo visado, embora se expusesse a consequências indemnizatórias pelo dano causado à outra parte. A doutrina italiana que defende uma solução similar invoca a conveniência em permitir uma decisão rápida quanto à extinção do contrato, o que poderia ser até do interesse da outra parte, reduzindo o dano resultante do incumprimento⁽⁷⁰⁾.

ressarcitórios e os restitutórios pressupõem necessariamente a apreciação judicial da resolução (*ob. cit.*, p. 47; ver também pp. 87-88). Cf., igualmente, STEFANO PAGLIANTINI, *La risoluzione per inadempimento del duemila*, Persona e Mercato (revista on-line, <www.personaemercato.it>) 2018, n.º 1, p. 74, ss., p. 80: sem um acordo o ressarcimento e a restituição constituem uma variável que não ocorre por mero efeito de uma escolha unilateral.

⁽⁶⁷⁾ Sobre a questão cf., sobretudo, JOANA FARRAJOTA, *A Resolução do Contrato sem Fundamento*, Almedina, Coimbra, 2015, mormente p. 49, ss. Como a autora refere, não há uma designação consensual para a declaração resolutória sem fundamento bastante — alguns autores falam em resolução ilegítima, resolução infundada (é a terminologia adotada pela autora), resolução ilegal (é o caso de jurisprudência citada pela autora). Sobre o tema cf., igualmente, ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Teoria Geral das Obrigações*, Universidade Católica Portuguesa Editora, Lisboa, 2024, p. 222, ss.

⁽⁶⁸⁾ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 209.

⁽⁶⁹⁾ Se bem a interpretamos tal é também a tese de ASSUNÇÃO CRISTAS, *É possível impedir judicialmente a resolução de um contrato?*, Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2008, Vol. II, p. 53, ss., p. 63: “[a] partir do momento em que a declaração resolutiva é eficaz, o contrato considera-se resolvido. Se, em juízo, a contraparte prova a inexistência de fundamento para a resolução, esta não desaparece, simplesmente a sua valoração jurídica e os seus efeitos sofrem modificações. A resolução deixa de ser um acto legítimo do contraente não faltoso (ou não gravemente faltoso, no caso da simples mora) para passar a ser um acto ilícito com o sentido de incumprimento mais ou menos grave. O contrato cessou irremediavelmente, mas é possível a A exigir o cumprimento e oferecer a contraprestação”.

⁽⁷⁰⁾ DELLACASA, *ob. cit.*, p. 50: é preferível um sistema que favoreça a mais rápida definição do destino do contrato. Cf., igualmente, p. 48: “Resolvido o contrato em sede extrajudicial, a parte fiel adquire imediatamente a liberdade de regressar ao mercado e celebrar um contrato substitutivo; tal

Mas esta posição está longe de ser pacífica, entre nós, como em Itália.

ADRIANO SQUILACCE/ALEXANDRE MOTA PINTO⁽⁷¹⁾, citando, aliás, no mesmo sentido abundante doutrina⁽⁷²⁾, sustentam que “[e]mbora se assuma como um direito potestativo, o direito de resolução do contrato pressupõe o incumprimento definitivo de um dos contraentes pelo que este direito potestativo apenas emerge quando este seu pressuposto se verifique”. Portanto, “se os fundamentos mobilizados para a resolução do contrato não se verificarem, a comunicação de resolução não extingue, de *per se*, o vínculo contratual”.

Muito embora tendencialmente concordemos com os autores, fica por explicar qual o efeito da declaração de resolução em uma situação em que não existia fundamento suficiente para a mesma, mas que o destinatário não impugnou. Para um segmento da doutrina em tal hipótese haveria um acordo de resolução, ao menos tácito⁽⁷³⁾, mas a explicação não se nos

consente limitar as consequências negativas do incumprimento e aumenta as probabilidades de o devedor não ser chamado a responder pelo dano resultante da falta de execução do intercâmbio. Frequentemente este último reconhecerá o fundamento da resolução e abster-se-á de a contestar com a consequência de que o contrato será resolvido sem que tenha sido proposta qualquer ação judicial”.

(71) ADRIANO SQUILACCE/ALEXANDRE MOTA PINTO, *A resolução ilícita: uma contradição nos termos?* Actualidade Jurídica Uria Menéndez, 28-2011, p. 113, ss., p. 114.

(72) Veja-se, por exemplo, JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6.^a ed. revista e ampliada, Almedina, Coimbra, 2015, p. 127: “O direito de resolução opera por mera declaração do dono da obra ao empreiteiro (art. 436.º, n.º 1 do C.C.), não produzindo essa declaração qualquer efeito, se o dono da obra não tinha fundamento, nos termos acima delimitados, para resolver o contrato de empreitada”. No sentido de que não havendo fundamento para a resolução, a declaração de resolução é “ineficaz por ilícita”, cf. Ac. STJ de 30-06-2020, processo n.º 1114/16.0T8LRA.C1.S1 (RICARDO COSTA) e Ac. STJ de 28-09-2021, processo n.º 344/18.5T8AVR. P1.S1 (MANUEL CAPELO): “a declaração de resolução emitida pelo contraente que não tenha fundamento não produz qualquer efeito”. Em sentido diverso, cf., por exemplo, o Ac. STJ de 08-06-2017, Revista n.º 7461/14.9TBSNT.L1.S1 (SALAZAR CASANOVA) no qual se afirma que “a declaração de resolução do contrato, ainda que ilícita, pode determinar a extinção do contrato”, muito embora também afirme que “no entanto, se a execução ainda for possível e o promitente fiel mantiver interesse na execução do contrato e esta não for excessivamente onerosa para aquele que o resolveu ilicitamente, deve considerar-se subsistente o vínculo ilicitamente resolvido”. Em sentido próximo cf., igualmente, o Ac. STJ de 28-06-2017, revista n.º 1287/08.6TVLSB.L3.S1 (HELDER ROQUE), no qual se diz, por um lado, que “quando a declaração resolutória não preenche os respetivos pressupostos legais enformadores consubstancia uma resolução ilícita, a qual, muito embora fora dos parâmetros em que é admitida, não é inválida ou ineficaz, pelo que, mesmo injustificada, produz efeitos, ou seja, determina a cessação do vínculo, representando o incumprimento do contrato, com a consequente responsabilidade do seu autor pelo prejuízo causado à contraparte”, mas também que “a subsistência da relação contratual, ilicitamente, extinta, por resolução, depende do preenchimento cumulativo de três pressupostos, que operam, separadamente, isto é, se o cumprimento das prestações contratuais ainda é possível, se a parte lesada mantém interesse na execução do contrato e se esta não é, excessivamente, onerosa para aquele que o resolveu, ilicitamente”.

(73) CLAUDIO CONSOLO, *Della Risoluzione per Inadempimento anche Straguidiziale, senza Processo, purché (Fuori dagli Artt. 1454 e 1456) per Contratto anche Tacito (o Discordia Concors per*

afigura convincente⁽⁷⁴⁾. Dir-se-á que a declaração de resolução começa por ter um efeito extintivo; se a contraparte, o destinatário da declaração, recorrer ao tribunal, mas este decidir que a fundamentação da resolução é verdadeira e suficiente, a resolução terá produzido efeitos desde a data em que a declaração chegou ao poder do destinatário, sendo a sentença meramente declarativa. Mas se o tribunal decidir que a fundamentação não é suficiente, o efeito extintivo será destruído^(75/76) e a sorte do contrato dependerá do comportamento das partes no processo (o destinatário da

Acquiescenza), in *La Risoluzione per Inadempimento; Poteri del Giudice e Poteri delle Parti*, dir. por Claudio Consolo, Ilaria Pagni, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo e Marisaria Maugeri, il Mulino, Bologna, 2018, p. 33, ss., p. 52. Para o autor, não é suficiente para que se produza o efeito resolutório a declaração de resolução. “O efeito resolutório, com efeito, para que se produza já no plano extrajudicial exige uma correspondente manifestação de vontade da outra parte (ou das outras partes, no caso de relação plurilateral), ou seja a conclusão de um contrato de resolução” (o autor admite um acordo de resolução tácito ou mesmo pelo silêncio da contraparte). É curioso notar que também na *common law* se verificam discussões similares a propósito da *termination*. JANET O’SULLIVAN, *Rescission as a Self-Help Remedy: A Critical Analysis*, Cambridge Law Journal 59(3), 2000, p. 509, ss., p. 512, afirma que a natureza de autotutela desta forma de cessação do contrato é problemática (“It is trite law that the innocent party (...) has a right of election either to affirm or avoid the contract and that the contract is valid unless and until he elects to rescind. The self help analysis is more problematic because it demands that it is the exercise of this right of election which actually *effects* the rescission. Considerable difficulty arises where the transaction is executed or partly executed, where rescission has restitutionary consequences”, *italico no original*) e acaba por afirmar que em alguns casos em que não há necessidade de recurso ao tribunal a resolução acabaria por ser o resultado de um acordo (p. 528: “Where one party intimates his intention to “rescind” a purely executory contract and the other party concurs, the resulting abandonment of the contract is not the result of rescission but a contractual compromise”).

⁽⁷⁴⁾ Assim também ILARIA PAGNI, *La Risoluzione del Contratto tra Azione ed Eccezione: Ancora sulla Natura Dichiarativa della Sentenza che Pronuncia sulla Risoluzione*, in *La Risoluzione per Inadempimento; Poteri del Giudice e Poteri delle Parti*, dir. por Claudio Consolo, Ilaria Pagni, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo e Marisaria Maugeri, il Mulino, Bologna, 2018, p. 75, ss., p. 88 (não é necessário o acordo da outra parte para que a declaração extrajudicial de resolução produza os seus efeitos).

⁽⁷⁵⁾ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 4.^a ed., 2023, p. 375: “É certo que, num primeiro momento, opera a força extintiva do direito, para, num segundo momento, e em sede judicial, ser declarado que “o contrato afinal não se extinguiu”.

⁽⁷⁶⁾ Em França após a Reforma de 2016 e muito embora de acordo com o art. 1229 do Code civil a resolução opere na data em que o devedor recebe a declaração (“notification”) feita pelo credor, e segundo informa SOLÈNE ROWAN, *Termination for Contractual Non-performance, The Code Napoléon Rewritten, French Contract Law after the 2016 Reforms*, dir. por John Cartwright e Simon Whittaker, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Vol. 25, Bloomsbury, Hart Publishing, Oxford e Portland, Oregon, 2017, p. 317, ss., p. 323, é essa a solução: “If termination is not justified, because the breach is not sufficiently serious in the case of judicial or self-help termination, or the conditions for a contractual right to terminate are not met, the court can reject the remedy and compel performance instead. In that case the contract remains alive. The court can also grant the defaulting promisor a period of grace (*délai de grâce*) in which to perform or, where wrongful termination has caused loss, an award of compensatory damages”.

declaração pode, por exemplo, ser agora ele a solicitar a resolução, invocando o incumprimento ou a recusa em cumprir por parte daquele que primeiro tentou resolver o contrato).

Parece-nos, todavia, que é necessário que o efeito extintivo da declaração de resolução não seja definitivo, podendo ser posto em causa em tribunal^(77/78), porquanto a proteção adequada do destinatário da resolução não se alcança apenas com o apelo à responsabilidade civil. O destinatário pode estar interessado na manutenção do contrato e o respeito pelo *pacta sunt servanda* exige que haja uma fundamentação genuína da resolução, ainda que a nossa lei não exija expressamente que a declaração de resolução extrajudicial seja motivada.

Importa, em todo o caso, reconhecer que a declaração de resolução acaba por comportar um risco para o resolvente de não conseguir o efeito pretendido. Podemos até concordar com NUNO PINTO OLIVEIRA⁽⁷⁹⁾ e PAULO MOTA PINTO⁽⁸⁰⁾ quando afirmam que “as dificuldades práticas de retoma” da relação contratual não são razão suficiente para afastar a conclusão de que uma declaração de resolução infundada é ineficaz, mas a verdade é que este resultado esvazia em grande medida o escopo que a declaração extrajudicial de resolução historicamente prosseguiu^(81/82).

⁽⁷⁷⁾ STEFANO PAGLIANTINI, *La Risoluzione per Inadempimento tra Legge e Giudizio* (Studio sull’Inadempimento Definitivo), in *La Risoluzione per Inadempimento; Poteri del Giudice e Poteri delle Parti*, dir. por Claudio Consolo, Ilaria Pagni, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo e Marisaria Maugeri, il Mulino, Bologna, 2018, p. 99, ss., p. 148, destaca que uma resolução extrajudicial diferentemente da resolução judicial pode converter-se em um excesso de autotutela privada. Mas para o autor a resposta é intuitiva: o controlo judicial não desaparece, mas em vez de ser um controlo *a priori* passa a ser um controlo *a posteriori*.

⁽⁷⁸⁾ Contra cf. ADOLFO KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, Rivista de Diritto Civile, ano X, 1964, Parte I, p. 28, ss., p. 31, para quem um contrato não pode ficar “suspenso” durante toda a duração do processo, por vezes muito longa (o autor fala mesmo na “disastrosa durata di un processo”) à espera de saber se deverá ser cumprido ou se será resolvido.

⁽⁷⁹⁾ Aut. e *ob. cit.*, p. 897.

⁽⁸⁰⁾ Aut. e *ob. cit.*, p. 1675, n. 4861.

⁽⁸¹⁾ E daí que, embora não a partilhemos, consideramos inteiramente compreensível a posição de MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 935: “em nome de uma interpretação integrada do ordenamento, devemos considerar a resolução formalmente declarada como eficaz”.

⁽⁸²⁾ MATTEO AMBROSOLI, *La Dichiarazione Stragiudiziale di Risoluzione per Inadempimento come Forma di Ricorso*, in Consenso e dissenso nelle codificazioni europee, Scioglimento e mantenimento del vincolo contrattuale tra storia giuridica, diritto privato e comparazione, dir. por Filippo Rossi, Edizioni ETS, Pisa, 2021, p. 103, ss., p. 136: “Que a extrajudicialidade resolva o problema da discricionariedade judicial é pouco credível: o meio técnico não incide sobre os pressupostos do instituto. Se apenas um incumprimento grave justifica a resolução, a iniciativa extrajudicial não pode tornar o credor o árbitro da ocorrência de tal incumprimento; resulta daqui que mesmo neste caso a possibilidade de uma resolução extrajudicial limitar-se-á a adiar a verificação da gravidade [do incumprimento] excluindo-se a sua necessidade apenas no caso em que o devedor dê a sua aquiescência à iniciativa do

E pode questionar-se se algumas das afirmações tradicionais sobre a declaração de resolução não partiam da premissa de uma declaração eficaz, mesmo quando infundada. Assim, por exemplo, uma vez feita a declaração de resolução poderá o resolvente revogá-la (ou aos seus efeitos) e pedir, antes, o cumprimento do contrato?^(83/84) A posição tradicional é a de que a declaração de resolução seria irrevogável⁽⁸⁵⁾, correspondendo a um negócio jurídico unilateral (embora se pudesse admitir a sua anulação por erro), devendo ter-se em conta a necessidade de proteger o devedor destinatário da declaração. Uma vez resolvido o contrato — e como este se extinguiria — não se poderia depois vir pedir o seu cumprimento⁽⁸⁶⁾. Todavia, poderá questionar-se se tendo um dos contraentes emitido uma declaração de resolução do contrato e tendo-lhe o outro contraente respondido que não houve qualquer incumprimento da sua parte ou que o incumprimento é mínimo e que continua interessado na execução do contrato,

contraente fiel. Assim, a sorte do contrato permanecerá incerta pelo tempo e pela álea do julgamento”. Para o autor só uma intervenção legislativa permitirá solucionar o paradoxo.

⁽⁸³⁾ Para MATTEO AMBROSOLI, *ob. cit.*, p. 127, a declaração extrajudicial de resolução não gera uma confiança séria no caráter definitivo da vontade resolutória (e, portanto, o credor pode ainda vir a exigir o cumprimento posteriormente). Destaque-se que este autor chega a interrogar-se sobre a qualificação do direito de resolução como direito potestativo (*ob. cit.*, pp. 123-124) “o *proprium* do direito potestativo reside na relação entre um poder e uma sujeição, de tal modo que o exercício do poder determina de forma imediata a mudança da situação jurídica da parte em sujeição [que se encontra numa situação de sujeição]; quando, ao invés, uma tal modificação não é o efeito imediato da manifestação de vontade, mas é mediato pela necessidade de uma pronúncia judicial” não se pode falar em direito potestativo”. No sentido de que depois da manifestação extrajudicial da vontade de resolver o contrato, isto é, depois da declaração extrajudicial, o credor não pode mudar de ideias e exigir o cumprimento, porquanto tal prejudicaria a confiança do devedor na extinção do vínculo, pronunciou-se, por exemplo, MATTEO DELLACASA, *Risoluzione per Inadempimento e Ricorso al Processo...*, *cit.*, p. 47.

⁽⁸⁴⁾ Sobre o tema cf., também, ANGELO LUMINOSO, *Della Risoluzione per Inadempimento...*, *cit.*, p. 89, que depois de se interrogar qual seria a sorte do contrato em que não ocorreu uma resolução eficaz, mas de que já não se poderia pedir a execução, afirma que provavelmente a questão do efeito preclusivo de uma declaração extrajudicial de resolução não pode ter uma solução unitária (*ob. cit.*, p. 90).

⁽⁸⁵⁾ Não podendo, também, em princípio, ser sujeita a condição. Cf., contudo, o Ac. STJ de 09-05-2019, revista n.º 7361/15.5T8CBR-A.C1.S1 (NUNO PINTO OLIVEIRA): “o condicionamento da declaração de resolução deverá admitir-se, desde que do condicionamento da declaração de resolução não decorra uma incerteza ou uma insegurança das situações jurídicas insuportável ou intolerável, ou em todo o caso inexistente ao declaratório”.

⁽⁸⁶⁾ ADRIANO VÁZ SERRA, *Anotação ao Acórdão do STJ de 24 de novembro de 1972*, RLI ano 106.º, n.º 3511, p. 351, ss., p. 351: “Quanto à eficácia da resolução, parece derivar dos factos mencionados no acórdão que a vendedora declarou resolver o contrato antes de propor a acção, o que teria como consequência não poder pedir ela o pagamento do preço, já que resolvido o contrato, desaparece a obrigação de fazer as prestações emergentes deste. Não só o declarante da resolução fica desobrigado dessas prestações, como o fica também o outro contraente (Cód. Civil, art. 433.º)”.

não poderá o primeiro optar mais tarde por exigir antes o cumprimento do contrato?⁽⁸⁷⁾

A possibilidade de o resolvente reconsiderar a sua decisão de resolver o contrato e, em vez disso, optar antes por uma ação em cumprimento é muito controversa e tem recebido uma resposta diversa em diferentes ordenamentos. Em França, por exemplo, não só o credor pode pedir primeiro o cumprimento e depois resolver o contrato (pedir o cumprimento não traduz qualquer renúncia a exercer a faculdade de resolver o contrato), como, de acordo com a jurisprudência francesa tradicional, pode primeiro tentar resolver o contrato e depois exigir o cumprimento (assim já em 1932 a Cour de cassation, segundo informa DESGORGES)⁽⁸⁸⁾. Em Itália o Codice civile contém uma norma, o art. 1453, 3, que proíbe que depois do pedido de resolução judicial se peça o cumprimento do contrato, limitando o que a doutrina italiana apelida de *ius variandi* do credor. Sublinhe-se, em todo o caso, que a norma não parece impedir, não só que tendo sido indeferido o pedido de resolução o autor possa, depois, vir em nova ação pedir o cumprimento do contrato, como, inclusive, que o pedido de resolução seja acompanhado de um pedido subsidiário de cumprimento do contrato para a hipótese de indeferimento do primeiro. Em todo o caso, a teleologia da norma é discutida: para alguns, mais do que uma incompatibilidade lógica entre os pedidos de resolução e de cumprimento do contrato⁽⁸⁹⁾, o que está fundamentalmente em jogo é a proteção do devedor, o qual não tem que manter-se indefinidamente “pronto” para cumprir e pode, inclusive, estar interessado agora em dar outro destino à prestação que não realizou (ou

(87) Sobre a resolução por declaração extrajudicial cf. STEFANO PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: Appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi*, *Persona e Mercato*, revista periódica on-line (<www.personaemercato.it>) 2015, n.º 3, p. 86, ss., pp. 94-95.

(88) RICHARD DESGORGES, *La combinaison des remèdes en cas d'inexécution du contrat imputable au débiteur*, in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, D'ici, d'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit, Société de Législation Comparée, Paris, 1999, p. 243, ss., p. 247 (como se constata o autor escreveu antes da reforma).

(89) Para ANTONINO SMIRLODO, *Profili della Risoluzione per Inadempimento*, Giuffrè Editore, Milano, 1982, p. 302, “o pedido de resolução não é logicamente incompatível com a sucessiva proposição da ação de condenação (...) não se pode considerar implícita na proposição do pedido de resolução a renúncia à ação de condenação, sendo que tal iniciativa apenas significa que num determinado momento a cessação da relação contratual era a solução que melhor correspondia aos interesses do autor”. Do que se trata, na proibição legal do art. 1453, 3, seria antes impedir a parte que não está em incumprimento de especular sobre modificações contingentes após a propositura da ação. Deste modo, a rigorosa disciplina do *ius variandi* prevista no art. 1453 do C.C. “não é um momento isolado”, mas “é expressão da harmónica evolução histórica do instituto da resolução” tendente, por um lado, à erosão da intervenção judicial com a ampliação das hipóteses de dissolução da relação com base na simples iniciativa pela parte interessada e, por outro lado, a dar na resolução judicial a máxima relevância ao momento da demanda e, portanto, ao ato de exercício do direito.

que espera recuperar)^(90/91). Alguma jurisprudência italiana tem admitido que o contraente que tenha resolvido o contrato por incumprimento, quer se trate de resolução extrajudicial ou judicial, pode renunciar, expressa ou tacitamente, através de comportamentos concludentes, aos efeitos resolutorios, fazer reviver a relação contratual e pretender o cumprimento da contraparte. Isto com base em dois argumentos: a resolução serve o interesse da parte que não está em incumprimento pelo que esta não só poderia exercer ou não a faculdade de resolver o contrato, como poderia resolvê-lo, mas renunciar *a posteriori* aos efeitos da resolução. Diz-se, ainda, que a renúncia aos efeitos da resolução seria uma típica manifestação da autonomia privada. Esta renúncia aos efeitos resolutorios não teria apenas o resultado de repristinar os efeitos da relação contratual que se tinha extinguido⁽⁹²⁾, mas produziria um outro resultado relevante: privaria o contraente em incumprimento do direito já consolidado no seu património de reaver a sua prestação já executada. Tal como UGO CARNEVALI pensamos que esta linha jurisprudencial italiana não tem na devida conta a necessidade de tutelar o devedor, ainda que em incumprimento, perante mudanças unilaterais do credor^(93/94). A proteção do devedor vai, no nosso ordenamento ao ponto de, “[n]ão havendo prazo convencionado para a resolução do contrato, pode a outra parte fixar ao titular do direito de resolução um prazo razoável para que o exerça, sob pena de caducidade” (n.º 2 do

⁽⁹⁰⁾ Como destaca, UGO CARNEVALI, *Risoluzione del contratto per inadempimento e rinuncia agli effetti risolutivi*, I Contratti 2012, n.º 12, p. 1044, ss., p. 1046, o prejuízo para o contraente que não cumpriu e que confiou na cessação do contrato não consiste apenas em ter de manter-se em condições de cumprir; pode ter confiado na restituição do que já prestou parcialmente e já se ter obrigado perante um terceiro.

⁽⁹¹⁾ Veja-se, no entanto, o que a este propósito escreveu ENNIO CICONI, *Risoluzione del contratto, poteri del creditore, poteri del giudice*, Contratto e impresa 2018, n.º 2, p. 766, ss., p. 801, para quem a confiança do devedor não pode ser sempre esgrimida para limitar a atuação do credor, havendo que atentar à estratégia defensiva do próprio devedor. Pense-se, por hipótese, na eventualidade de o devedor numa ação de resolução pedir em reconvenção que o autor/credor seja condenado a cumprir, manifestando, assim, o seu interesse na conservação do contrato (hipótese em que o próprio devedor deve estar em condições de cumprir a sua prestação se a sua reconvenção tiver sucesso).

⁽⁹²⁾ Admitindo que a resolução seja uma causa de extinção do contrato, o que, como vimos, é controverso.

⁽⁹³⁾ É claro que, como destaca CARNEVALI, o contrato pode renascer por acordo das partes, expresso ou tácito. Assim, por exemplo, nada impede que já depois de resolvido o contrato o devedor realize a sua prestação e o credor a aceite (*ob. cit.*, p. 1050).

⁽⁹⁴⁾ GIANLUCCA SICCHIERO, *Indisponibilità dell'effetto risolutivo stragiudiziale del contratto* (artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.), *Giurisprudenza Italiana* 2009, p. 1119, ss., p. 1121: Não se deve admitir uma renúncia unilateral que produza efeitos jurídicos desfavoráveis na esfera jurídica da contraparte. Se a renúncia operar uma modificação jurídica na esfera patrimonial do destinatário a mesma deve ser objeto de uma aceitação.

art. 436.º do Código Civil) para evitar que se prolongue uma situação de incerteza quanto aos efeitos possíveis do incumprimento e quanto ao exercício da opção pela resolução do contrato. Não se nos afigura coerente com esta proteção do devedor, mesmo em incumprimento, que o resolvente pudesse unilateralmente “reconsiderar” a resolução e renunciar aos seus efeitos.

Também na Alemanha, a doutrina dominante tem entendido que o credor fica vinculado à resolução e não pode unilateralmente “recuar” e restabelecer os deveres primários de prestação⁽⁹⁵⁾.

7. Efeitos da resolução. O efeito liberatório

O primeiro e, em certo sentido, o principal efeito da resolução é a liberação das partes relativamente às prestações a que se obrigaram pelo contrato^(96/97). É pacífico que esse efeito se produz quer em relação aos

⁽⁹⁵⁾ BEATE GSELL, *Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz*, Juristenzeitung 2004, p. 643, ss., p. 646. Como a autora observa, o facto de que a lei alemã já não considera contraditório resolver o contrato e pedir uma indemnização pelo interesse positivo não significa que o titular do direito à resolução, depois de o exercer, possa contraditoriamente pretender afastar a referida resolução. O *ius variandi* termina quando há uma confiança do devedor digna de tutela na escolha do credor. Note-se, todavia, que há vozes não inteiramente coincidentes: ver JOHANNES WERTENBRUCH, *Die eingeschränkte Bindung des Käufers an Rücktritt und Minderung*, Juristenzeitung 2002, p. 862, ss. Para este autor embora em princípio a declaração de resolução seja irrevogável, há situações em que não existe qualquer confiança digna de tutela do destinatário. O autor dá o exemplo de uma compra e venda que seja resolvida pelo comprador e em que o vendedor se recusa a proceder à restituição do preço e defende que em situações similares o comprador poderia optar posteriormente à resolução por um outro remédio, por exemplo, a redução do preço (*ob. cit.*, p. 865).

⁽⁹⁶⁾ LUIGI MOSCO, *ob. cit.*, p. 265: “[A] lei concede ao credor fiel [adempiente] o poder de pedir a resolução para uma melhor e mais imediata tutela do seu direito que não seria suficientemente protegido mediante a ação para execução coativa ou pelo ressarcimento dos danos. Deste fundamento da resolução decorre o primeiro e mais notável dos seus efeitos que consiste em que o credor é liberado das obrigações que nascem do contrato”.

⁽⁹⁷⁾ Como refere HANS G. LESER, *Der Rücktritt vom Vertrag, Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen*, J. C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975, p. 87, a liberação dos deveres assumidos por força do contrato era, como a evolução histórica demonstra, a função primária da resolução. No entanto, para o autor, a nova compreensão da resolução como não extinguindo o contrato, e dando lugar a uma relação de liquidação fundada ela própria ainda no contrato implica alguma restrição do efeito liberatório, o qual não abrange todo o contrato, mas apenas os deveres ainda não cumpridos. “O efeito liberatório, ainda que continue a ser característico da resolução, está inserido no desenvolvimento do contrato, pelo que perde, de modo não despidendo, autonomia e especificidade” (*ob. cit.*, p. 172). O autor considera, igualmente, que a nova compreensão da resolução, que considera superada a visão da destruição total do contrato, aponta para uma eficácia apenas *ex nunc* do

deveres de prestação do resolvente, quer relativamente aos deveres de prestação da contraparte. O efeito liberatório entre nós não se produz apenas para o futuro. As prestações ainda por realizar, mesmo que já devidas, deixam de o ser por força da resolução — tal solução resulta, desde logo, da retroatividade da resolução consagrada, como regra, no art. 434.º n.º 1 do Código Civil⁽⁹⁸⁾ — e as prestações já realizadas deverão, nos termos que referiremos infra, ser em princípio restituídas. O nosso sistema é, pois, diverso do que impera na *common law* em que a *termination* do contrato só opera para o futuro⁽⁹⁹⁾.

Por outro lado, só se extinguem os deveres primários de prestação, mantendo-se, mesmo após a resolução, deveres acessórios (de informação, esclarecimento, sigilo) e de proteção⁽¹⁰⁰⁾.

Sublinhe-se que para alguma doutrina alemã, este efeito liberatório não é um efeito da conversão do contrato em uma relação de liquidação, mas um efeito direto da resolução⁽¹⁰¹⁾. Aliás, se não tiver ainda sido realizada qualquer prestação quando ocorre a resolução não é necessária qualquer relação de liquidação.

E em tal hipótese de não ter sido ainda efetuada qualquer prestação em execução do contrato — o resolvente, por exemplo, ainda não tinha executado a sua prestação e resolveu o contrato face à declaração antecipada do outro de que não iria cumprir — este efeito liberatório será mesmo o único efeito da resolução do contrato [a qual poderá, contudo, concorrer⁽¹⁰²⁾ com um outro remédio, a reparação do dano].

efeito liberatório da resolução. Não se trata, em rigor de repor a situação como se o contrato nunca tivesse existido, já que não se pode negar que o mesmo existiu e a resolução não o extinguiu. Os deveres não cumpridos extinguem-se apenas para o futuro.

⁽⁹⁸⁾ Em rigor, tal retroatividade resultaria já como destaca RODRIGUES BASTOS (*Notas ao Código Civil*, Vol. II, Lisboa, 1988, p. 222) da remissão operada pelo art. 433.º para o art. 289.º sendo que o que o art. 434.º “contém de novo são as limitações àquele princípio”.

⁽⁹⁹⁾ Também os PECL (Comissão OLE LANDO) se inspiram num modelo que recusa efeito retroativo ao facto dissolutivo (cf. arts. 9.305, ss.). A resolução só tem efeito liberatório para as prestações ainda por executar.

⁽¹⁰⁰⁾ Mas para LESER, *ob. cit.*, p. 173, a resolução abrange os deveres primários ainda não cumpridos, mas abrange também pretensões secundárias como os juros de mora.

⁽¹⁰¹⁾ YVES DÖLL, *ob. cit.*, p. 60 (“Die Befreiungswirkung ist daher keine Folge der Umwandlung des Vertrags in ein Rückgewährschuldverhältnis, sondern eine eigenständige Rechtsfolge des Rücktritts”).

⁽¹⁰²⁾ Trata-se de um concurso meramente eventual já que a reparação do dano tem os seus próprios pressupostos — em regra, a culpa do agente e, sempre, a existência de um dano. Pode, assim, ocorrer uma resolução do contrato desacompanhada da reparação de qualquer dano (porque este não existe, por exemplo) e pode haver lugar à reparação do dano mesmo sem fundamento para uma resolução (porque o incumprimento não é suficientemente grave para a justificar).

8. O efeito restitutório

Frequentemente, todavia, terão sido já executadas prestações em cumprimento do contrato, quando se dá a resolução do mesmo. Ocorre aqui o efeito restitutório da resolução, o qual suscita numerosas dificuldades.

8.1. O que significa “restituição”?

Uma primeira dificuldade reside, desde logo, na dificuldade em definir o que seja “restituição”. Discute-se, com efeito, se existe um conceito unitário de restituição⁽¹⁰³⁾ e como é que esta se distingue da reparação do dano. Ao contrário de alguma doutrina francesa que sustenta que os dois conceitos são, na realidade, impossíveis de distinguir⁽¹⁰⁴⁾, afigura-se-nos que a restituição não visa a reparação de um dano, ainda que, como veremos, acabe por ter incidência sobre a grandeza do eventual dano a reparar⁽¹⁰⁵⁾, caso a resolução do contrato concorra com a reparação do dano. A doutrina que sustenta a autonomia e, inclusive, a unidade do conceito de restituição invoca a imagem do fluxo e refluxo⁽¹⁰⁶⁾ e sustenta que neste domínio da resolução do contrato se trata de ir a montante no contrato. Pessoalmente achamos particularmente sugestiva a imagem utilizada pelas

(103) Para MARIE MALAURIE, *Les Restitutions en Droit Civil*, Éditions Cujas, Paris, 1991, p. 37, não há uma teoria da restituição, mas uma multidão de restituições. A restituição é uma técnica ao serviço de outras instituições: reflete o espírito destas. Assim se a restituição se insere na garantia edilícia ou na venda de coisa alheia o seu regime será mais favorável ao credor da restituição. De realçar que, para a autora, “as obrigações de restituir um bem, de reparar um dano ou de eliminar um enriquecimento injustificado têm todas por escopo restabelecer um equilíbrio que se rompeu [justiça comutativa]. Pertencem, por assim dizer, à mesma família, mas é necessário distingui-las” (*ob. cit.*, p. 41).

(104) FRÉDÉRIC ROUVIÈRE, *La distinction entre restitution et indemnisation*, Recueil Dalloz 2015, n.º 11, p. 657, ss., p. 660: “A distinção entre restituição e indemnização é concetualmente frágil. Com efeito a indemnização repara o dano emergente e o lucro cessante. Em que medida é que a restituição também não compensa uma tal perda? (...) A distinção entre restituir e indemnizar é inadaptada à realidade prática”.

(105) CATHERINE GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, Restitutions et Responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992, embora distinga restituição e reparação do dano e afirme que “uma distinção teórica entre restituições e responsabilidade permite suprimir as manifestações de confusão e repartir claramente as soluções de cada uma delas” (*ob. cit.*, p. 439), reconhece que a restituição tem indiretamente um efeito reparador: “Ao compensar a perda da coisa, a sua degradação ou a impossibilidade de uma restituição *in natura*, a restituição em valor “seca a fonte” [“tarit la source”] de um eventual dano”. Trata-se de um efeito indireto, mas certo, da restauração do estado patrimonial que resulta da restituição integral da prestação efetuada.

(106) PATRICK BOUATHONG, *Les aspects réels de la notion de restitution*, Revue trimestrielle de droit civil 2025, p. 801, ss., p. 804.

Ordenações Filipinas a propósito da cláusula resolutiva: trata-se de “desfazer” o contrato. O objeto da restituição afere-se pelo conteúdo das prestações⁽¹⁰⁷⁾ — o qual, como alguns autores assinalam, acaba por variar consoante o tipo contratual.

Dito isto, importa reconhecer que a restituição suscita numerosas questões que têm recebido respostas muito díspares no direito comparado. Assim, deve a restituição ser objetiva isto é ser independente na sua implementação da boa ou da má-fé do obrigado a restituir? Devem as mesmas regras aplicar-se ao contraente fiel titular do direito à restituição e ao contraente incumpridor? Como veremos, o nosso Código Civil distingue claramente, para efeitos de frutos (e, na nossa opinião, a mesma regra deverá aplicar-se ao valor de uso)^(108/109) e benfeitorias, consoante o obrigado a restituir esteja de boa ou de má fé.

Em todo o caso, o facto de que a restituição na sequência da resolução do contrato se centra no conteúdo das prestações (e não tanto nas consequências da prestação no património do *accipiens*) tem sido uma das razões pelas quais se tende a autonomizar este regime do regime do enriquecimento sem causa — ainda que a distinção seja mais nítida no que sucede relativamente á repetição do indevido — ao que acresce que o enriquecimento sem causa (ou, melhor, a repetição do indevido) não foram concebidos em princípio para uma restituição “cruzada” ou “recíproca” de prestações.

(107) THOMAS GENICON, *ob. cit.*, p. 672: “Cada parte deve restituir a exata prestação contratual que recebeu. Tal permite circunscrever a extensão do objeto da obrigação de restituição a cargo de cada um dos contraentes: o credor da obrigação de restituir não deve receber nem mais nem menos do que aquilo que prestou”.

(108) O art. 1704 do Code Civil do Québec prevê, em princípio, idêntico tratamento para os frutos, as despesas ou encargos necessários para os mesmos e o uso da coisa, e estebece que se o obrigado à restituição está de boa fé pode fazer seus os frutos e rendimentos da coisa e nada deve pelo seu uso, embora com a ressalva das situações em que a coisa é suscetível de se deteriorar rapidamente ou em que o uso foi o objeto principal da prestação; ao invés, se estiver de má fé ou se tiver culpa na causa da restituição, terá que restituir os frutos e rendimentos da coisa e indemnizar a outra parte pelo uso que fez da coisa (“Celui qui a l’obligation de restituer fait siens les fruits et revenus produits par le bien qu’il rend et il supporte les frais qu’il a engagés pour les produire. Il ne doit aucune indemnité pour la jouissance du bien, à moins que cette jouissance n’ait été l’objet principal de la prestation ou que le bien était susceptible de se déprécier rapidement. Cependant, s’il est de mauvaise foi, ou si la cause de restitution est due à sa faute, il est tenu, après avoir compensés les frais, de rendre ces fruits et revenus et d’indemniser le créancier pour la jouissance qu’a pu lui procurer ce bien”).

(109) FRÉDÉRIC ROUVIÈRE, *L’évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente*, Revue trimestrielle de droit civil, 2009, n.º 4, p. 617, ss., p. 622, afirma, na esteira de WINTGEN, que “de um ponto de vista económico os frutos e o gozo pessoal [o uso] representam o mesmo valor” e pergunta que diferença há, para efeitos de restituição, entre arrendar um prédio e receber as rendas ou habitar nele de modo a poupar ter que pagar renda?

O jogo das restituições só na aparência é simples. Uma questão delicada é, por exemplo, a de saber se por efeito da resolução do contrato e das restituições que dela podem resultar, o resolvente não poderá, no fim de contas, ficar em melhor situação do que aquela em que estaria se o contrato tivesse sido corretamente executado (recordamos, mais uma vez, que a restituição não tem como escopo propriamente a reparação de um dano).

A opinião largamente dominante é a de que “[a] resolução, enquanto remédio sinalagmático, não deve pôr em causa as consequências do não cumprimento por si não consumidas, nem tão-pouco atribuir ao resolvente uma posição melhor do que aquela que para ele resultaria do cumprimento”⁽¹¹⁰⁾.

Mas veja-se o seguinte exemplo, proposto por MATTEO DELLACASA, retirado, aliás, da jurisprudência norte-americana: A vende a B uma certa quantidade de farinha por 14.000. B faz um adiantamento sobre o preço de 5000. A farinha, entretanto, perde valor no mercado pelo que acaba por só valer 11.000. Apesar de ter feito um “bom negócio” A não consegue entregar a farinha. B pede a restituição do adiantamento. A objeta que só teria de restituir 2000 porque do negócio resultaria para B um prejuízo de 3000. No caso o tribunal não atendeu ao argumento e condenou A a restituir 5000. O comprador acaba, assim, por encontrar-se em melhor situação do que aquela em que estaria se o contrato tivesse sido executado⁽¹¹¹⁾. Mas talvez o melhor exemplo, seja o referido no PECL 9.308: A vende a B um Renoir por 200.000. Como B não paga o preço, A resolve o contrato. Entretanto o Renoir valorizou-se e vale agora mais de 250.000. Nem por isso B pode recusar-se a restituir a pintura e pretender entregar apenas 200.000⁽¹¹²⁾. A restituição do quadro colocará B em melhor situação do que aquela em que estaria se o contrato tivesse sido executado e tivesse recebido o preço acordado⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹⁰⁾ DIOGO COSTA GONÇALVES/RUI SOARES PEREIRA, *Retroatividade, Resolução e Sinalagma na Restituição*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro, BFDUC, *STVDIA IVRIDICA ad Honorem*, 9, organizado por Filipe Cassiano dos Santos, Paulo Mota Pinto, Mafalda Miranda Barbosa, Alexandre Libório Dias Pereira, Francisco M. Brito Pereira Coelho, Pedro Maia, Vol. I (Direito Civil), Coimbra, 2023, p. 453, ss., p. 471. Cf., também, p. 469.

⁽¹¹¹⁾ MATTEO DELLACASA, *Breve indagine sull'azione per la restituzione del prezzo, ovvero sulla rilevanza dello scambio a seguito della risoluzione*, Rivista di Diritto Civile 2022, n.º 1, p. 15, ss., p. 21. Para o autor, “o interesse positivo, isto é, a situação que resultaria da atuação do intercâmbio, pode ser invocado pela parte fiel ao contrato, mas não por aquela cujo incumprimento determinou a resolução”.

⁽¹¹²⁾ “A has sold a Renoir painting to B for US \$ 200.000; the true value of the painting is over US \$ 250.000. When the picture is delivered to B, he does not pay for it. A is entitled to claim back the painting”.

⁽¹¹³⁾ Como MATTEO DELLACASA, *Risoluzione dei contratti svantaggiosi e restituzioni: un itinerario dentro, e fuori, i confini dell'interesse positivo*, Europa e diritto privato 2023, n.º 2, p. 351, ss., p. 354, destaca, a reparação do dano e a restituição das prestações têm lógicas distintas: O ressarci-

8.2. A prioridade da restituição *in natura*

A nossa lei parece atribuir prioridade à restituição *in natura*. Afigura-se que, ao contrário do que sucede, por exemplo, no direito israelita, o credor da restituição não poderá optar pela restituição do valor se e enquanto a restituição *in natura* for possível (não sendo de excluir que a restituição *in natura* possa ser acompanhada de uma restituição parcial em valor como sucederá se a coisa a restituir se tiver deteriorado ou tiver sido destruída parcialmente)⁽¹¹⁴⁾.

Admitimos, todavia, que exceccionalmente no caso concreto a exigência de restituição *in natura* possa ser abusiva. Pelo menos num caso concreto a jurisprudência francesa entendeu que era efetivamente abusiva a exigência de restituição em espécie. Trata-se da decisão do Tribunal de Paris de 28 de fevereiro de 1985 a propósito da exigência de restituição de cuvas, depósitos subterrâneos de combustível, por uma empresa petrolífera, na sequência da resolução de um contrato de distribuição, sendo que a contraparte propunha a entrega de cuvas novas idênticas ou do seu valor. O pedido de restituição *in natura* com tubagens e canalizações subterrâneas envolveria danos significativos, sem qualquer vantagem para o credor^(115/116).

mento do dano, quantificado na medida do interesse positivo, procura colocar a parte que sofre o incumprimento na situação em que se teria encontrado se o contrato tivesse sido cumprido e “reproduz em termos pecuniários a fisionomia do sinalagma”: a dimensão da indemnização é modelada atendendo ao valor da prestação, descontados os custos poupados pela não execução do contrato. As restituições, ao invés, são “orientadas por uma ótica retrospectiva, tendendo a colocar as partes na situação em que se encontravam antes da execução do contrato”. O autor acrescenta, *ob. cit.*, p. 364, n. 18, que também a doutrina francesa admite que a restituição das prestações pode colocar o contraente que resolve o contrato em melhor posição do que estaria se o contrato tivesse sido cumprido.

⁽¹¹⁴⁾ Assim também CATHERINE GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, Restitutions et Responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992, p. 492. A restituição *in natura* é a regra e a restituição em valor a exceção. Para a autora, a restituição em valor não deve poder ser imposta pelo juiz ou por uma das partes quando a restituição *in natura* for possível. Se o contrato de venda é resolvido, o comprador deve restituir a coisa que esteja ainda no seu património e não pode o vendedor exigir em vez da coisa o valor desta. Mesmo que a coisa se tenha deteriorado e o comprador seja responsável pela menos valia a coisa deve ser restituída e o comprador compensar a menos valia (para a autora há aqui uma combinação de uma restituição *in natura* parcial e de restituição em valor).

⁽¹¹⁵⁾ O caso é citado por CATHERINE GUELFUCCI-THIBIERGE, *ob. cit.*, p. 494. A autora, *ob. cit.*, p. 493, defende que há dois casos em que a restituição por equivalente deve ser admitida: quando a restituição *in natura* é impossível; e quando a mesma é inútil, quer dizer sem qualquer interesse para o credor que a solicita.

⁽¹¹⁶⁾ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 125, embora reconheça expressamente que o escopo da restituição não é a reparação de um dano, afirma que “ainda que a resolução não se integre no instituto da responsabilidade civil (...) tendo em conta a existência de pressupostos comuns, para determinar alguns aspectos de regime, pode recorrer-

8.3. O art. 432.º, n.º 2 do Código Civil.

Deverá recorrer-se à restituição em valor quando a restituição in natura não for possível ou logo à partida (o que sucederá em muitos contratos de prestação de serviços) ou quando se tornar impossível (a coisa objeto da prestação de dar foi destruída/consumida, alienada, objeto de acessão ou especificação). No caso de destruição ou deterioração parcial a restituição in natura pode combinar-se, segundo cremos, com a restituição em valor.

Mas antes de entrar em detalhe sobre os delicados problemas suscitados pela restituição em valor convirá aludir a um importante preceito da lei portuguesa — referimo-nos ao n.º 2 do art. 432.º do Código Civil: “A parte, porém, que por circunstâncias não imputáveis ao outro contraente, não estiver em condições de restituir o que houver recebido não tem o direito de resolver o contrato”.

Afigura-se-nos que o preceito trata, em rigor, de duas questões: em primeiro lugar converte em certas hipóteses a possibilidade de restituição *in natura* em um pressuposto, uma condição necessária, para o exercício do direito de resolução. Mas, em segundo lugar, a norma resolve também a questão da distribuição do risco de perecimento ou deterioração casual da coisa. Deve o risco correr por conta do *solvens* ou do *accipiens*? Trata-se, como veremos, de um problema espinhoso e um dos mais controvertidos⁽¹¹⁷⁾.

Começando pela primeira questão, importa sublinhar que o Projeto Vaz Serra previa já na resolução legal a exclusão do direito de resolução quando a coisa tivesse perecido por ato culposo do *accipiens* ou mesmo por ato não culposo deste, embora salvaguardasse o direito de resolução no caso de a coisa perecer por caso fortuito⁽¹¹⁸⁾. No entanto e no segmento que agora nos interessa, a possibilidade de restituir a coisa *in natura* já era concebida como um pressuposto do direito de resolução pelo menos em certas hipóteses.

-se, por analogia, às regras da responsabilidade civil”, o que permitiria invocar o art. 566.º n.º 1. Como temos sérias dúvidas quanto à aplicação à restituição de regras respeitantes à reparação de um dano, preferimos a invocação do abuso de direito.

⁽¹¹⁷⁾ E a controvérsia perdura há séculos, o que leva GERHARD WAGNER, *Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht?*, in Festschrift für U. Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen, 2006, p. 591, ss., p. 608, a afirmar que nunca haverá um consenso nesta matéria.

⁽¹¹⁸⁾ ADRIANO VAZ SERRA, *Resolução do Contrato*, Boletim do Ministério da Justiça 1957, n.º 68, p. 153, ss. Ver o art. 5.º, n.º 5 do articulado proposto por VAZ SERRA, a que nos referiremos adiante.

Sublinhe-se que tal solução era à época defendida pela doutrina italiana mais influente em matéria de resolução, designadamente LUIGI MOSCO⁽¹¹⁹⁾. Com efeito, embora em matéria de resolução o Código Civil italiano não previsse (como não prevê) solução similar, a mesma constava de um preceito sobre a venda de coisa defeituosa (art. 1492, parágrafo 3.º)⁽¹²⁰⁾ que uma parte da doutrina italiana considerava ser um princípio geral aplicável também à resolução. E ainda que a solução consagrada no nosso Código Civil — a de transformar em certos casos a possibilidade de restituição *in natura* em pressuposto do direito de resolver o contrato — não corresponda à solução adotada nas legislações mais modernas, em que a impossibilidade de restituição em espécie dá lugar à restituição em valor e não afasta a possibilidade de resolução do contrato, não é de modo algum única.

A Convenção de Viena sobre compra e venda de coisas móveis, por exemplo, prevê no seu art. 82 que o comprador perde o direito de resolver o contrato se lhe for impossível restituir os bens em estado substancialmente idêntico àquele em que os recebeu, mas tem uma série de exceções, designadamente quando a impossibilidade de restituir os bens não resulta de facto (ato ou omissão) do comprador, bem como o caso em que os bens tenham sido vendidos no normal desenvolvimento da atividade comercial ou transformados ou consumidos segundo o uso normal antes da descoberta da falta de conformidade que legitima a resolução. Na verdade, importa reconhecer que estas três exceções são tão importantes que já se afirmou que não são genuínas exceções, mas antes a regra⁽¹²¹⁾. Em todo o caso, na hipótese de destruição da coisa por caso fortuito ou ato de terceiro o comprador que não a pode restituir está efetivamente impedido de resolver o contrato⁽¹²²⁾.

Mesmo que esta solução tenha caído em “desgraça” na doutrina e legislações mais modernas, não falta quem, sem deixar de a condenar,

⁽¹¹⁹⁾ LUIGI MOSCO, *ob. cit.*, p. 267: A ação de resolução não pode ser admitida se o autor não está em condições de restituir a coisa recebida, porque a transformou, consumiu ou alienou.

⁽¹²⁰⁾ Sobre o tema cf. RICCARDO OMODEI-SALÉ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata, Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie*, Cedam, Padova, 2004, autor que, aliás, critica a solução de considerar que “a impossibilidade prática de aturar um efeito apenas reflexo da pronúncia de resolução que é a reposição do *status quo ante* possa incidir negativamente sobre o exercício do poder (primário) de pedir a resolução do contrato” (*ob. cit.*, p. 13).

⁽¹²¹⁾ ASSIM, ANA SOLER PRESAS, *La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio*, Anuario de Derecho Civil, Tomo LXXI, 2018, Fascículo IV, p. 1227, ss., p. 1237.

⁽¹²²⁾ A interpretação da norma é delicada. Cf., por exemplo, HANS G. LESER e RAINER HORNING, anotação ao art. 82, in PETER SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 3.ª ed., C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2000, p. 810, que sustentam que o caso fortuito corre por conta do vendedor.

afirme que a mesma tem, ao menos, uma vantagem em termos de simplicidade^(123/124).

Todavia, importa reconhecer que, ainda que restituição “em valor” suscite questões muito delicadas, como sejam a identificação dos critérios a utilizar para aferir do valor e o momento a ter em conta, a verdade é que o art. 432.º n.º 2 acaba por nem sequer dispensar sempre a resposta a tais questões: basta que a impossibilidade de restituir em espécie exista não da banda do titular do direito de resolução, mas da sua contraparte⁽¹²⁵⁾. Assim, se na compra e venda o vendedor pode sempre restituir o preço pelo que a impossibilidade de restituir a prestação recebida só se colocará do lado do comprador, o mesmo já não ocorrerá por exemplo num contrato de permuta.

(123) ELENA BARGELLI, *Il Sinalagma Rovesciato*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 384-385: poder-se-ia defender que a solução de excluir a resolução quando não é possível restituir o que se recebeu seria mais simples e aceitável num sistema que permitisse em termos gerais a redução do preço (correspetivo) pago. A Autora acaba, no entanto, *ob. cit.*, p. 385, por reconhecer que “a vantagem da maior simplicidade da solução é contrabalançada pela dificuldade em traçar a difícil linha de fronteira entre o perecimento verdadeiro e próprio e a deterioração grave”.

(124) Por vezes a solução é defendida invocando-se a necessidade de impedir o enriquecimento de quem seria o titular do direito de resolução. Assim, para LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III (Transmissão e extinção das Obrigações, não cumprimento e garantias do crédito), 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 101, “[a] lei (...) exclui o direito de resolução nos casos em que não haja possibilidade de restituir o que se houver recebido (art. 432.º, n.º 2) uma vez que se assim não fosse, ocorreria um enriquecimento da parte que exerce a resolução. Efectivamente, dado que a impossibilidade extingue a sua obrigação de restituir, a parte que exercesse a resolução obteria a restituição da prestação realizada à outra parte sem ser onerada com qualquer contrapartida”. Mas se o escopo da lei é o de impedir tal enriquecimento a solução legal afigura-se algo drástica, já que se poderia impor a restituição por equivalente a qual, em princípio — pese embora as dificuldades no cálculo do valor a restituir — impediria um tal enriquecimento injustificado.

(125) ADRIANO VAZ SERRA, *Anotação ao Acórdão do STJ de 24 de novembro de 1972*, RLJ ano 106.º, n.º 3511, p. 351, ss., comenta um Acórdão que decidiu que “[t]em de se entender, com base no princípio que informa o n.º 2 do art. 432.º do Código Civil, que não pode aproveitar-se da eficácia da declaração de resolução de um contrato o declaratório que, por facto não imputável ao declarante, não estiver em condições de restituir o que recebeu”. Mas como refere VAZ SERRA (*ob. cit.*, p. 352), não é esse o sentido do art. 432.º n.º 2: “Quem não está em condições de restituir o que recebeu é a outra parte, que, por a viatura e o atrelado terem sido vendidos forçadamente a terceiro, não está em condições de os restituir. Este facto não obsta a que a resolução tenha sido declarada pela vendedora e que esta tivesse feito uma eficaz declaração de resolução, que o art. 432.º, n.º 2 não lhe proíbia. Feita essa declaração, ficou desobrigada de cumprir o contrato e com direito à restituição dos objectos vendidos, e ficou a compradora desobrigada de pagar o preço e obrigada a restituir os objectos comprados (art. 433.º). Não podendo a compradora restituí-los, por haverem sido vendidos forçadamente a terceiros por dívidas da compradora, é esta obrigada a prestar o equivalente (arts. 433.º e 289.º, n.º 1). Donde resulta que a impossibilidade de restituição por parte da compradora não tem a consequência de não poder esta aproveitar-se da eficácia da resolução: a resolução, declarada pela vendedora, produz os seus efeitos e, entre eles, o de, se não puder a compradora fazer a restituição em espécie dos objetos comprados, ter de prestar o seu valor correspondente”.

Acresce que se o interpretarmos literalmente o art. 432.º n.º 2 acaba por afastar a possibilidade de resolução por incumprimento em muitos contratos de prestação de serviços.

Neste sentido pronunciou-se em Itália uma sentença do Tribunal de Roma de 1 de julho de 2004 que decidiu que “na resolução de um contrato com prestações corresponsivas, quando a prestação de um profissional não pode ser objeto de restituição, o outro contraente não pode exigir a restituição do que pagou”⁽¹²⁶⁾. Tratou-se de um contrato de prestação de serviços dentários em que o cliente pagou à cabeça por uma prótese dentária (cerca de 20.000 euros), que deveria ser instalada ao longo de alguns anos. O tratamento revelou-se gravemente defeituoso, comprometendo a parte óssea da gengiva e inviabilizando mesmo a instalação de qualquer prótese no maxilar superior. O cliente resolveu o contrato. O tribunal reconheceu o direito a uma indemnização quer pelo dano biológico, quer pelas despesas sustentadas com um tratamento alternativo para atenuar as consequências danosas do tratamento defeituoso, tendo condenado médico que tinha efetuado a prestação defeituosa a pagar uma indemnização de 12532,00 euros, mas rejeitou que o resolvente tivesse direito a reaver o que pagara (20000,00 euros) fosse como restituição, fosse como ressarcimento de dano⁽¹²⁷⁾.

Ainda que muitos contratos de prestação de serviços sejam contratos de execução continuada em que a retroatividade em regra associada à resolução se coloca, como veremos, em termos diferentes, e haja frequentemente remédios alternativos à resolução (por exemplo, a revogação do mandato)⁽¹²⁸⁾ afigura-se que quem recebe um serviço realizado em condições “defeituosas”, sem observâncias da diligência devida, deve poder resolver o contrato.

Mas como já atrás dissemos uma outra questão a que o art. 432.º n.º 2 acaba por dar uma resposta é a da distribuição do risco de perecimento da

⁽¹²⁶⁾ Sobre esta decisão cf. ALBERTO M. BENEDETTI, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, Danno e Responsabilità 2005, n.º 5, p. 517, ss., que, aliás, a critica incisivamente.

⁽¹²⁷⁾ Compare-se esta decisão com a sentença do Tribunal de Chiavari de 18 de março de 2008 (Danno e Responsabilità 2009, 195, com anotação de GUERRINI) em que declarada a resolução de um contrato por incumprimento do artista (que encurtou significativamente a duração da sua atuação no espetáculo) este foi condenado a restituir metade do pagamento que tinha recebido.

⁽¹²⁸⁾ DAGMAR KAISER, *Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform*, Juristenzeitung 2001, n.º 21, p. 1057, ss., p. 1058, destaca que o domínio de atuação da resolução nos contratos de prestação de serviços é muito reduzido até porque se trata frequentemente de contratos duradouros (Gebrauchüberlassungs- und Dienstverträge sind in der Regel Dauerschuldverhältnisse) e em que é muito mais frequente recorrer-se à denúncia.

coisa transmitida, mormente quanto se discute da possibilidade de resolução de um contrato com eficácia real⁽¹²⁹⁾.

É fácil de explicar que por exemplo a destruição da coisa vendida que ainda seja imputável ao vendedor — por exemplo, pelo defeito que a coisa apresentava ou por falta da informação necessária para a sua correta utilização — não deva prejudicar o direito de resolução do comprador que terá direito à restituição do preço que pagou, mesmo sem poder restituir a coisa e sem ter que restituir o valor desta. Mas o que deverá suceder se a coisa tiver perecido por caso fortuito? E se a coisa tiver perecido porque o comprador a consumiu, utilizou como matéria-prima na produção ou especificação ou acesso de outra?

Para BARGELLI⁽¹³⁰⁾ a distribuição das perdas derivadas da deterioração ou destruição do bem, sucessivamente à entrega e antes do pedido de resolução é “uma das questões mais complicadas de toda a matéria das restituições subsequentes à resolução (...) sobretudo para os acontecimentos que não são imputáveis a qualquer uma das partes; é particularmente difícil encontrar uma solução adequada sob todos os aspetos, visto a necessidade de fazer pesar a perda sobre um dos dois contraentes, igualmente sem culpa relativamente ao específico evento destrutivo”. Na verdade, boa parte da doutrina sublinha tratar-se de uma questão melindrosa^(131/132).

(129) Como destaca ELENA BARGELLI, *ob. cit.*, p. 366, o problema da distribuição do risco coloca-se sobretudo nos contratos que têm por efeito a aquisição da propriedade bem pelo *accipiens*. Nos contratos com prestações corresponsivas em que a entrega do bem gera uma mera detenção, o perecimento da coisa causa uma impossibilidade superveniente (da obrigação de permitir o gozo, da obrigação de custódia e sempre da obrigação de restituição), mas o problema da distribuição do risco é resolvido pela aplicação das regras daquele tipo contratual e carece de autonomia na fase da restituição. Nos contratos com eficácia real que têm por objeto coisa certa e determinada a superveniente destruição do bem não extingue a relação contratual, mesmo quando tal destruição precede o momento da entrega da coisa ao adquirente que continua obrigado a pagar o respetivo preço.

(130) BARGELLI, *ob. cit.*, p. 365. Já EBERHARD GLAß, *Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1959, p. 28, observava: Uma coisa é certa: a coisa perdeu-se e uma das partes deve suportar a perda sem que tenha agido culposamente. Para quem quer que seja será sempre “injusto”: seja o comprador, seja o vendedor. As regras sobre a distribuição do risco não podem ser justas, tendo a lei que optar por decidir a favor de um deles [“Gefahrtragungsregeln können eben nicht “gerecht” sein; einen muß das Gesetz, das ja entscheiden muß, bevorzugen”].

(131) Para DÖLLE/WEITNAUER (*cit apud* FLORIAN BARTELS, *Wert- und Schadensersatzansprüche im Rücktrittsfolgenrecht*, AcP 2015, p. 203, ss., p. 219), caso nem o vendedor nem o comprador sejam responsáveis pela perda ou deterioração da coisa a decisão sobre quem suporta economicamente a perda resultante do acaso (“zufällige Wertminderung”) conduz a um dilema que seria “a questão mais espinhosa do direito dos contratos”.

(132) GENICON, *ob. cit.*, p. 689, considera que não há aqui uma solução que se imponha logicamente (“un point où aucune solution parfaitement logique en droit s’impose, et semble plutôt dépendre de considérations d’opportunité”) e que tudo depende da opção de política legislativa (*ob. cit.*, p. 685: “[L]e choix ne semble pas dépendre d’autre chose que d’une décision de politique juridique”).

Para um segmento da doutrina deve ser o vendedor a suportar a perda resultante do caso fortuito caso a venda venha a ser resolvida⁽¹³³⁾. Alguns invocam o argumento do princípio *res perit domino*, sublinhando que com a resolução e a retroatividade dos efeitos desta o vendedor nunca deixou de ser o proprietário e deve suportar o risco de destruição fortuita da coisa⁽¹³⁴⁾. Em alguns ordenamentos como o alemão em que a resolução dá lugar não apenas à restituição da coisa, mas também de todas as utilidades (uso) e frutos (inclusive os que o obrigado à restituição poderia ter retirado da coisa), invoca-se igualmente que o risco deve ser suportado por quem pode fruir a coisa⁽¹³⁵⁾. Para FLORIAN BARTELS, por exemplo, em princípio é o comprador de uma coisa quem suporta o risco (e tem as vantagens) da sua utilização económica, mas já não é assim quando o comprador decide resolver o contrato. Com o desfazer do intercâmbio das prestações o vendedor deve ser colocado do ponto de vista económico como se ele pudesse ter continuado a usar a coisa ele próprio (como veremos, face ao nosso Código Civil que resolve de modo muito diferente a sorte dos frutos, este argumento perde boa parte da sua força).

A tese oposta começa por destacar o perigo de dar demasiada relevância a uma retroatividade⁽¹³⁶⁾ que em bom rigor não passa de uma ficção

⁽¹³³⁾ SUDABEH KAMANABROU, *Haftung des Rücktrittsberechtigten bei Untergang der empfangenen Leistung*, NJW 2001, p. 30, ss., p. 30: Quem não prestou de maneira correta (“ordnungsgemäss”) não deve poder confiar que a transferência do risco para a outra parte seja definitiva.

⁽¹³⁴⁾ DAGMAR KAISER, *ob. cit.*, p. 1060: com a resolução do contrato, o objeto da prestação já não pertence ao património do comprador, mas sim ao património do vendedor. PIETRO SIRENA, *La Risoluzione del Contratto come Sanzione dell'Inadempimento: Il Problema dei Rimedi Risarcitori e Restitutori*, *Annuario del Contratto* 2009, pp. 135, ss., p. 145: Fazer incidir sobre o accipiens (o comprador) o risco de perecimento fortuito da coisa embora o comprador não seja o proprietário dada a ineficácia do contrato seria incompatível com o princípio *res perit domino*. GIUSEPPE AULETTA, *ob. cit.*, p. 474: “o valor retroativo da resolução entre as partes refere-se, evidentemente, também a determinar quem suporta o risco do caso fortuito”. Entre nós cf. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento...*, *cit.*, p. 379: “se a propriedade foi transmitida, o vendedor readquire a sua qualidade de proprietário, suportando, naturalmente, o risco da perda da coisa a restituir”.

⁽¹³⁵⁾ JÜRGEN KOHLER, *Das Rücktrittsrecht in der Reform*, *Juristenzeitung* 2001, p. 325, ss., p. 332: Uma ordem jurídica não pode coerentemente impor ao destinatário da prestação caso tenha que a restituir o dever de restituir as utilidades, incluindo aquelas que poderia ter retirado e ao mesmo tempo impor-lhe o risco conexo com a utilização do bem.

⁽¹³⁶⁾ ANDREA NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, *Europa e diritto privato* 2012, n.º 3, p. 783, ss., p. 798, critica a aplicação mecânica da regra *res perit domino* que nasceu do direito justiniano numa época em que não vigorava o princípio consensualista. A retroatividade faria com que o vendedor fosse proprietário ex tunc e passaria a estar onerado com o risco de perecimento da coisa caso o comprador não tivesse pago (supondo, entre nós, que o vendedor se tinha reservado a possibilidade de resolução por falta do pagamento do preço), pelo que o comprador nem teria que restituir o valor da coisa. Para NICOLUSSI, *ob. cit.*, p. 799, “[o] enunciado da retroatividade carece de ser integrado de lógicas materiais coerentes com o sistema jurídico em que tal enunciado se insere, porquanto de

e que é apenas um instrumento ao serviço da resolução e dos efeitos desta (e, de resto, um instrumento que nem sequer é sempre necessário) e de pretender extrair dela consequências quanto à distribuição do risco. A retroatividade não apaga a existência efetiva do contrato e o facto de que na sua execução a coisa passou a estar na detenção e na esfera de risco de outrem que não o vendedor. Ora afigura-se que o comprador é a pessoa que esteve em melhores condições para guardar a coisa e, inclusive, segurá-la^(137/138).

A evolução legislativa alemã espelha bem o confronto entre estas duas teses e dá-nos também o ensejo de apreciar, ainda que perfunctoriamente, as alterações introduzidas pela Reforma de 2002 do Direito das Obrigações nesta matéria⁽¹³⁹⁾, o que poderá ter interesse até porque

outro modo corre-se o risco de construir um mundo de qualificações jurídicas autorreferenciais e insensíveis relativamente aos acontecimentos reais e às suas implicações”.

⁽¹³⁷⁾ Neste sentido, por exemplo, REINHARD ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract in German Law*, *Restitution Law Review* 1997, p. 13, ss., p. 23: “The essential problem to be resolved is the one concerning risk. If the right to terminate is excluded in cases where the object of the sale has been accidentally destroyed, the risk is on the purchaser, for he cannot get back his money. It seems to me that this is indeed how it should be. The only firm anchor to which we can tie our solution appears to be the general risk rule in sale. It is based on sound and easily comprehensible policy reasons: after delivery, the object is in the purchaser’s sphere of influence and control, he has the advantage of being able to use the object and, as a corollary, also has to carry the risk. To that extent, the situation does not change as a result of termination of the contract: the object continues to be in the purchaser’s sphere and thus there is no reason why the risk should be allowed to jump back. Does it matter that the breach, on account of which the contract is terminated, was attributable to the vendor? The answer, it appears to me, should be in the negative, unless there is a causal connection between breach and destruction. Where a car is sold that turns out to consume 30% more petrol than normal, and which is therefore defective [OLG München, NJW 1987, 3012], and where this car is destroyed by a fire standing in the purchaser’s garage, there is no reason to shift the risk back to the vendor by allowing the purchaser to terminate the contract”. Do mesmo autor cf., ainda, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi, Conferenze e Seminari* 48, Roma, 2002, p. 41. No mesmo sentido cf., também, por todos, LESER, *ob. cit.*, pp. 121, 192, 204 e SONJA MEIER, *Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge: Neue europäische Entwicklungen*, *RabelsZ* 80 (2016), p. 851, ss., p. 879.

⁽¹³⁸⁾ Cf., igualmente, PHILLIP HELLWEGE, *Ein einheitliches Regelungsmodell für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, *Juristenzeitung* 2005, p. 337, ss., p. 342. O autor identifica três modelos: o risco pode ser atribuído a quem recebe a prestação [Saldotheorie]; em alternativa, o risco pode correr por conta do autor da prestação [Zweikonditionenlehre]; e um terceiro modelo, que é o inglês que no caso de frustration reparte as consequências entre as partes. Para HELLWEGE cada uma das partes deve assumir o risco da prestação que recebeu (“Die Grundsätze vom Gleichlauf von Herrschaft und Risiko und von Versicherbarkeit und Risiko sprechen für das erste materielle Grundmodell) e isto tendencialmente sem exceção (“Der jeweilige Empfänger sollte grundsätzlich immer die Zufallsgefahr für das Empfangene tragen”).

⁽¹³⁹⁾ Sobre o tema cf. ADOLFO DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell’inadempimento colpevole*, *Europa e diritto privato*, p. 13, ss. Sublinhe-se que para este autor (*ob. cit.*, p. 19) “o que permanece ambíguo e confuso no modelo alemão é, precisamente, a relação entre o facto resolutivo (o exercício da resolução) e o regime das restituições”.

alguma doutrina portuguesa parece tomar a nova legislação alemã como modelo. A versão original do BGB quanto à resolução legal — um segmento do BGB que, de resto, alguma doutrina germânica já destacava não ser propriamente o mais bem sucedido — além de outros traços que foram afastados pela Reforma, como a incompatibilidade entre a resolução e um pedido de indemnização pelo resolvente⁽¹⁴⁰⁾ e o afastamento do exercício do direito de resolução quando a restituição *in natura* não fosse possível pelo perecimento da coisa por razões imputáveis a quem pretendesse exercer tal direito, previa que o perecimento da coisa por razões não imputáveis a nenhum dos contraentes, mormente por caso fortuito, não afastava a resolução sendo que o resolvente não era obrigado a restituir o valor⁽¹⁴¹⁾. Em suma, numa compra e venda que fosse resolvida a destruição por caso fortuito onerava o vendedor.

A Reforma de 2002 alterou — ou, melhor, parece ter alterado, mas a norma é sujeita a interpretações muito díspares⁽¹⁴²⁾ — o ponto de partida:

⁽¹⁴⁰⁾ Como destaca LENA FOLJANTY, *Methodenvirtuosen im Wertungsdickicht: Das neue Rücktritts- und Rücktrittsfolgenrecht und seine dogmatische Überformung*, in: 20 Jahre Neues Schuldrecht, Bericht, Bilanz, Bibliographie, dir. por Joachim Rückert, Lena Foljanty, Thomas Pierson e Ralf Seinencke, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023, p. 139, ss., pp. 142-143, a resolução era uma figura marginal no anterior direito (“Schattendasein”), dependendo da existência de culpa do devedor e excluindo a indemnização, ao ponto que se um advogado escolhesse esta opção de resolver o contrato podia ter de responder face ao cliente (NJW 1995, 449). O novo direito da perturbação das prestações (“Leistungsstörungenrecht”) aumentou as possibilidades de escolha por parte do credor relativamente às possíveis consequências jurídicas e tendencialmente reforçou os direitos do credor, o qual pode agora simultaneamente optar pela resolução do contrato e por uma indemnização, ao passo que o antigo § 326 BGB não permitia este cúmulo (agora consentido pelo § 325 BGB).

⁽¹⁴¹⁾ O § 351 BGB na versão original excluía o direito de resolução quando a parte fosse responsável pelo perecimento ou deterioração sensível da coisa antes da declaração de resolução. Ao invés, se o perecimento ou deterioração se devessem a caso fortuito a resolução era possível e o resolvente por não ter culpa não tinha que pagar qualquer indemnização e podia exigir a restituição da sua própria prestação na totalidade. Esta distinção desapareceu e agora há uma solução unitária: caso não seja possível a restituição *in natura* deverá, de acordo com o § 346 Abs. 2 BGB proceder-se à restituição em valor. Uma exceção existe apenas nos casos previstos no § 346 Abs. 3.

⁽¹⁴²⁾ Para HERBERT ROTH, *Rücktrittsrecht und Leistungskondition*, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Verlag C.H.Beck, München, 2007, Vol. I, p. 1131, ss., pp. 1146-1147, a regra essencial para a distribuição do risco na resolução começa por ser o § 346 II 1 Nr. 3 BGB. De acordo com tal regra, e tomando como exemplo uma compra e venda, é, em princípio, o comprador quem assume o risco de destruição fortuita do bem e tem também de restituir o valor do bem no caso da destruição lhe ser imputável. Mas há uma inversão da distribuição do risco no caso do § 346 III 1 Nr. 3 BGB: passa a ser o vendedor a suportar o risco da destruição fortuita da coisa e até da sua destruição que ocorra apesar de o comprador ter usado com a mesma diligência habitual nele, desde que tenha sido o vendedor pela violação dos seus deveres (mormente na venda de coisa defeituosa) o responsável pela resolução. Em sentido próximo cf. GERHARD WAGNER, *Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht?*, in: Festschrift für U. Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen, 2006, p. 591, ss., p. 602, para quem pode parecer que o risco de perecimento ou destruição fortuita da coisa

agora o obrigado à restituição permanece obrigado a restituir o valor da coisa se esta tiver perecido por caso fortuito. No entanto o novo § 346 BGB, norma altamente complexa, prevê, desde logo, que o devedor não terá que restituir (em valor) se provar que o bem teria igualmente perecido ou ter-se-ia igualmente deteriorado se estivesse na detenção do credor da restituição — o carro guardado na garagem foi destruído por um terremoto, mas o terremoto destruiu igualmente a garagem vizinha do outro contraente. Mas a lei alemã vai mais longe⁽¹⁴³⁾ e trata diferentemente a parte titular do direito à resolução e a sua contraparte. O § 346 (3) 3 do BGB estabelece que o contraente que tem direito à resolução não responde pelas deteriorações ou pela perda da coisa se cuidou dela com a diligência que habitualmente utiliza nos seus próprios negócios (ao cuidar das suas próprias coisas)⁽¹⁴⁴⁾. Não responde assim pela perda ou deteriorações, nem mesmo quando teve um comportamento pouco cuidadoso — poderá dizer-se negligente? — desde que seja o seu comportamento habitual⁽¹⁴⁵⁾. Esta exceção ou “privilégio” tem suscitado intensa polémica: por um lado, pode perguntar-se se o risco de perecimento fortuito da coisa não corre afinal pelo outro contraente; depois há quem considere a solução injusta até por só beneficiar o titular do direito de resolução⁽¹⁴⁶⁾. Alguns propõem uma interpretação teleológica, uma redução teleológica do § 346 Abs. 3 S. 1 do BGB⁽¹⁴⁷⁾. Outros propuseram pura e simplesmente que a norma do § 346. Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB fosse eliminada pelo legislador⁽¹⁴⁸⁾. Sem ir

corre por quem a recebeu e detém, mas essa é só “uma meia verdade” (“Dies ist allerdings nur die halbe Wahrheit”) por força do § 346 III.

⁽¹⁴³⁾ Tal como, por exemplo, o Code Civil do Québec.

⁽¹⁴⁴⁾ ARND ARNOLD, *Das neue Recht der Rücktrittsfolgen*, JURA 2002, p. 154, ss., pp. 155-156, considera que na prática o titular do direito de resolução na resolução legal responde pela restituição de valor de maneira muito limitada e não suporta verdadeiramente o risco do perecimento fortuito do bem porque lhe basta para não responder usar da diligência normal que usa em relação às suas próprias coisas.

⁽¹⁴⁵⁾ Para SUDABEH KAMANABROU, *ob. cit.*, p. 31, o legislador alemão não teve em mira proteger quem não tem conhecimento do seu direito de resolução do contrato, mas antes sancionar a conduta violadora do contrato ao atribuir o risco de perecimento da coisa ao autor dessa conduta, desde que o destinatário da coisa e titular do direito de resolução tenha usado a sua diligência habitual

⁽¹⁴⁶⁾ ARND ARNOLD, *ob. cit.*, p. 159, a restrição do privilégio ao titular do direito de resolução é errada até porque a resolução pode ter lugar em situações em que não há culpa, em que a resolução não é resultante do incumprimento culposo de qualquer um dos contraentes.

⁽¹⁴⁷⁾ Para MARTIN SCHWAB, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 — Die Rückabwicklung von Verträgen nach §§ 346 ff. BGB n.F.*, Juristische Schulung 2002, p. 630, ss., p. 635, desde que o devedor da restituição conheça o fundamento da resolução deve passar a responder pelo risco de perecimento fortuito da coisa.

⁽¹⁴⁸⁾ HEINRICH HONSELL, *Gefahrtragung und Haftungsprivileg nach § 346 BGB*, Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck, p. 363, ss., pp. 366-367: Como o autor menciona há quem sustente que no caso de venda de coisa defeituosa por exemplo é adequado que seja o vendedor

tão longe muitos entendem que desde que tenha conhecimento da causa de resolução, aquele que veio a resolver o contrato deve responder não apenas pela diligência habitual, mas sempre que tenha sido negligente⁽¹⁴⁹⁾.

Importará, desde logo, sublinhar que se o direito alemão anterior à Reforma era pouco feliz e até porventura pouco coerente⁽¹⁵⁰⁾, enquanto solução de compromisso, a Reforma em matéria do direito de resolução tem-se revelado igualmente controversa, não faltando quem afirme que persistem os mesmos problemas, chegando a dizer-se que questões interpretativas que se colocavam face ao velho direito continuam a marcar a discussão sobre o novo⁽¹⁵¹⁾ e que duas décadas após a reforma “persistem as mesmas discussões que eram virulentas no antigo direito”⁽¹⁵²⁾. Aliás também autores de outras nacionalidades criticam as soluções da Reforma, ao ponto de uma autora espanhola afirmar que valia a pena descrevê-las em detalhe para procurar evitar qualquer tentação do legislador espanhol de as copiar⁽¹⁵³⁾...

Verifica-se, todavia, em alguma doutrina portuguesa um esforço por fazer uma interpretação restritiva do art. 432.º n.º 2 ou, em todo o caso, introduzir diferenciações que não encontram arrimo na sua letra, por vezes com o propósito de aproximar as soluções da nossa lei das encontradas pela Reforma alemã.

Da letra do preceito resulta que este distingue apenas entre “as circunstâncias não imputáveis ao outro contraente”, por um lado, e aquelas que, ao invés, sejam imputáveis a este último. Nas “circunstâncias não imputáveis ao outro contraente” cabem tanto as imputáveis ao próprio (à parte que pretendia resolver o contrato), como circunstâncias não imputáveis a qualquer um dos contraentes (caso fortuito, atuação de tercei-

a suportar o risco porque não cumpriu os seus deveres contratuais e não pode confiar que o risco tenha sido transmitido de maneira definitiva. Mas para HONSELL a questão não é uma questão de confiança. Mesmo que o vendedor não tenha cumprido os seus deveres contratuais não deve suportar o risco da destruição casual do bem que se encontra na esfera do comprador quando o cumprimento defeituoso não foi causal. Para o autor é uma questão de causalidade. Além disso haveria uma conduta abusiva por parte do comprador que pretende a restituição do preço que pagou na totalidade embora não esteja em condições de restituir a coisa que pereceu quando estava na sua detenção.

⁽¹⁴⁹⁾ Cf., contudo, STEPHAN LORENZ, *Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach*, NJW 2005, p. 1889, ss., p. 1893, contra qualquer redução teleológica do § 346 III Nr. 3.

⁽¹⁵⁰⁾ Para SCHMIDLIN, *ob. cit.*, p. 837, a incerteza que surge nos trabalhos preparatórios em toda a discussão dogmática sobre a resolução do contrato resulta da amálgama entre regime contratual, *condictio indebiti* e *rei vindicatio*.

⁽¹⁵¹⁾ BARTELS, *ob. cit.*, p. 205.

⁽¹⁵²⁾ LENA FOLIANTY, *ob. cit.*, p. 153.

⁽¹⁵³⁾ ANA SOLER PRESAS, *ob. cit.*, pp. 1244-1245: “Se me detive tanto na exposição do sistema alemão e da sua crítica é para tratar de evitar que incorramos no erro de o imitar”.

ros). Sublinhe-se que, além da letra do preceito, há aqui também que atender à sua história — o n.º 2 do art. 432.º afasta-se inequivocamente do projeto de VAZ SERRA para a resolução legal, o qual na hipótese de resolução por incumprimento dispunha que o direito de resolução subsistia mesmo que o resolvente não pudesse por caso fortuito restituir a coisa⁽¹⁵⁴⁾.

Em sentido oposto NUNO PINTO OLIVEIRA defendeu que o art. 432.º, n.º 2 carece de uma interpretação “duplamente restritiva”: em primeiro lugar aplica-se sem mais à resolução convencional, mas deverá aplicar-se com restrições à resolução legal⁽¹⁵⁵⁾. O autor nega que a impossibilidade objetiva, definitiva e total de restituição não imputável a nenhum dos sujeitos da relação obrigacional seja um facto impeditivo do direito potestativo de resolução e afirma que “[o]s resultados da tese interpretativa exposta são confirmados por um argumento sistemático retirado do art. 4.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 67/2003 de 8 de abril sobre o contrato de compra e venda de bens de consumo: “Os direitos de resolução do contrato e de redução do preço podem ser exercidos, mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador”. Sublinhe-se que o Autor invoca também o sentido da reforma alemã⁽¹⁵⁶⁾.

Com todo o respeito, face à letra do preceito e ao elemento histórico não concordamos. Acresce que a norma da Lei de Defesa do Consumidor é uma norma de um direito especial que visa proteger uma parte normalmente mais fraca na relação jurídica de consumo e não pode pretender-se proceder com ela a uma “correção” do art. 432.º, n.º 2.

Também CATARINA MONTEIRO PIRES, depois de afirmar que a própria existência de um preceito como o art. 432.º, n.º 2 do Código Civil “con-

(154) VAZ SERRA, *ob. cit.*, pp. 246-247: “Afigura-se (...) de excluir a resolução quando o objecto recebido pelo titular do direito de resolução perece ou se deteriora por causa não imputável a este, salvo se outra coisa se concluir da interpretação da cláusula de resolução. Quanto ao direito legal de resolução, já a conclusão pode ser diferente. Então, o direito de resolução é reconhecido pela lei em virtude do não-cumprimento imputável à outra parte, e não parece razoável que ele seja excluído pelo facto de o seu titular não poder, por caso fortuito, restituir o que recebeu. Por exemplo, A compra certo objecto a B e este não cumpre uma obrigação que assumira, de tal maneira que A tem o direito de resolução; A não pode restituir o objecto porque ele pereceu por caso fortuito; mas parece dever poder, não obstante, exigir a restituição do preço, visto que o contrato perdeu a sua razão de ser em virtude do não cumprimento de B”. Em conformidade dispunha o art. 5.º, n.º 5 do articulado proposto por VAZ SERRA: “Se o objecto recebido perecer ou se deteriorar por causa não imputável ao titular do direito de resolução, exclui-se este direito, salvo se outra coisa se concluir da interpretação da cláusula de resolução. Quando o direito de resolução se fundar no não-cumprimento imputável à outra parte, não é ele excluído pelo facto de o seu titular não poder, por aquela causa, restituir o que recebeu”.

(155) NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 1.ª ed., 2011, p. 891.

(156) *Aut. e ob. cit.*, p. 893.

trasta com as tendências recentes do Direito Europeu das Obrigações”⁽¹⁵⁷⁾ e pese embora reconheça que “a comparação entre o sistema português e o sistema germânico conhece algumas limitações”⁽¹⁵⁸⁾, sustenta que “no nosso entendimento, a citada norma do nosso Código, ao aludir a circunstâncias não imputáveis ao outro contraente”, não afasta o problema, mas apenas deixa na sombra o critério que permite discernir as condutas imputáveis à parte resolvente, suscetíveis de bloquear o direito de resolução. Aliás, os espaços *vazios* que caracterizam a disposição do art. 432.º, n.º 2, fazem com que esta norma seja, do ponto de vista puramente literal, compatível com qualquer das situações materiais defendidas na Alemanha a propósito do critério do § 351”. A mesma Autora conclui que “[p]arece-nos que a densificação dos casos de impossibilidade imputável à parte resolvente deve partir de uma distinção ética. Com efeito, entendemos que a parte adimplente que recebeu determinado bem na sua esfera jurídica ao abrigo do contrato e ignora a existência de um fundamento de resolução por incumprimento (porque este não existe ou porque o desconhece sem culpa) não está obrigada a quaisquer deveres de restituição perante a contraparte, podendo dispor do bem como qualquer outro que integra o seu património (cf. art. 1305.º). Pode, designadamente, criar perigos quanto à conservação desse objeto, durante a sua utilização, tal como pode onerá-lo ou transmiti-lo a um terceiro. cremos, ainda, que será difícil considerar que, nestas condições, uma conduta do *accipiens* de boa fé, traduzida na perda ou deterioração significativa do bem possa vir a ser valorada como contraditória em relação à sua decisão de resolver o contrato, com base no incumprimento da contraparte”⁽¹⁵⁹⁾.

Com todo o respeito, discordamos, desde logo, da premissa: face ao nosso preceito legal o que importa “densificar” é quais são as “circunstâncias não imputáveis ao outro contraente”, sendo que estas, como já mencionámos, não se contrapõem apenas às circunstâncias imputáveis a quem pretende exercer o direito de resolução, mas também ao caso fortuito. Mesmo que as “considerações éticas” referidas sejam exatas — sublinhe-se que a Autora parte da hipótese de a resolução do contrato se fundar no incumprimento do credor da restituição, e não, por exemplo, na resolução de uma compra e venda por falta do pagamento do preço (o art. 886.º do Código Civil permite convenção nesse sentido) — o nosso legislador

(157) CATARINA MONTEIRO PIRES, *Resolução do contrato por incumprimento e impossibilidade de restituição em espécie*, O Direito 2012, ano 144.º, Vol. III, p. 653, ss., p. 653.

(158) Aut. e ob. cit., p. 655.

(159) Aut e ob. cit., pp. 662-663.

parece ter optado por uma solução que, porventura por razões de simplicidade, não é sensível às mesmas. E a discussão alemã mostra como tais considerações éticas são delicadas: concordamos inteiramente que cada um é livre, fora dos casos de abuso de direito, de fazer o que quiser com as coisas que integram o seu património e de, inclusive, as expor a perigos. Mas poderá pretender transferir para a contraparte através da resolução do contrato o prejuízo que sofra em função dessas decisões?⁽¹⁶⁰⁾

8.4. A restituição em valor

O art. 433.º n.º 1 prevê que “[n]a falta de disposição especial, a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico com ressalva do disposto nos artigos seguintes”⁽¹⁶¹⁾. É, assim, aplicável à resolução o disposto no art. 289.º n.º 1 que prevê que deve “ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente”. E casos há em que haverá que proceder à restituição em valor. Assim, se a coisa transmitida tiver sido, por exemplo, destruída, furtada, consumida, alienada — mas já não, porventura, danificada.

A restituição em valor — que não é, parece-nos, uma indemnização⁽¹⁶²⁾ — suscita, como já referimos, questões muito delicadas. Como se

⁽¹⁶⁰⁾ JÜRGEN KOHLER, *Das Rücktrittsrecht in der Reform...*, cit., p. 334: Quem recebe de boa fé uma certa coisa deve poder encará-la e tratá-la como própria e comportar-se de acordo com os seus padrões de diligência usuais. Mas a questão que se suscita não é a de saber se esse comportamento é justificado, mas sim determinar se os custos de um comportamento que não respeite a diligência normal no tráfego podem através do mecanismo da restituição ser impostos à outra parte. Cf., igualmente, GERHARD WAGNER, *Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht?*, in Festschrift für U. Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen, 2006, p. 591, ss., p. 609: não se compreende porque é que o vendedor há-de ter de suportar o risco de o comprador ser uma pessoa pouco cuidadosa, inclusive com os seus próprios bens.

⁽¹⁶¹⁾ A norma tem sido criticada pela doutrina porquanto, para além da opção de fundo de equiparar, em parte (“com a ressalva do disposto nos artigos seguintes”) a resolução a casos de invalidade, a equiparação deveria ser feita à anulação (e não à anulabilidade) — cf. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 1.ª ed., 2011, n. 1210, p. 884: “O texto do art. 433.º carece de rigor. O legislador diz que “a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico”; deveria dizer, em termos mais rigorosos que a resolução (só) é equiparada, quanto aos seus efeitos, à anulação do negócio jurídico”. Também ANA PRATA, Anotação ao art. 433.º, in Código Civil Anotado, coord. por ANA PRATA, Almedina/Cedis, 2019, p. 591, que fala de “um lapso manifesto”.

⁽¹⁶²⁾ Afigura-se-nos que, já em razão da sua letra, o art. 1269.º do Código Civil não se aplica à obrigação de restituição, a qual não se deve confundir com a responsabilidade civil. Mas mesmo quem não dá a mesma importância ao elemento literal como sucede com CATARINA MONTEIRO PIRES,

afere o valor da prestação que tem de ser restituída? Atende-se ao valor de mercado ou, antes, primordialmente ao preço acordado pelas partes (num contrato de compra e venda)?⁽¹⁶³⁾

E qual o momento em que se avalia o valor da prestação que já não é possível restituir em espécie? O momento em que o contrato, depois resolvido, foi celebrado⁽¹⁶⁴⁾? O momento em que a prestação foi realizada?⁽¹⁶⁵⁾ O momento em que a restituição em espécie se tornou impossível? Ou, ainda, o momento em que se realiza a restituição?⁽¹⁶⁶⁾ E deverá haver respostas diferentes para a prestação que consistiu na transmissão da propriedade de uma coisa, por exemplo, e para a prestação de um serviço como faz agora desde 2016 o Código Civil francês?

A tese “caída em desgraça” de que a resolução era uma causa de extinção do contrato conduzia à, ou pelo menos facilitava a, conclusão de que não haveria que atender ao acordo das partes, mormente ao preço numa compra e venda, e nesse sentido se pronunciaram Mosco⁽¹⁶⁷⁾ e, entre nós, VAZ SERRA⁽¹⁶⁸⁾, em termos cautelosos.

A prestação restitutória..., *cit.*, p. 707, ss., defende uma interpretação restritiva das normas dos arts. 433.º e 289.º n.º 3 no sentido de excluir a aplicação do art. 1269.º à resolução do contrato fundada no incumprimento.

⁽¹⁶³⁾ Sobre esta questão, cf., entre nós, CATARINA MONTEIRO PIRES, *A prestação restitutória...*, *cit.*, p. 707, ss. A autora defende, em princípio, que “estando contratualmente fixado o valor da contraprestação, deverá este constituir o ponto de referência do cálculo do valor da prestação restitutória, na medida em que o mesmo continue a refletir a equivalência subjetiva entre prestações convencionada pelas partes” (*ob. cit.*, p. 709). Mas reconhece que se deve “procurar manter esta bitola até onde for possível” (*ob. cit.*, p. 710).

⁽¹⁶⁴⁾ Neste sentido, aparentemente, MARCO ROSSETTI, *La Risoluzione per Inadempimento*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 265: “Para cálculo do valor a restituir deverá atender-se ao valor venal da *res* na época da contratação, mesmo que se tenha reduzido, entretanto. Se T vende a C uma viatura com o valor de 30.000 no momento da conclusão do contrato e o contrato é resolvido por incumprimento do comprador depois de a viatura ter sido furtada por terceiros, C terá que restituir 30.000, de nada relevando que no intervalo a viatura se tenha depreciado e por vetustez só valha 20.000”.

⁽¹⁶⁵⁾ Assim HANS G. LESER, *Der Rücktritt vom Vertrag...*, *cit.*, p. 169: O momento decisivo para determinar o valor da prestação, no caso de restituição em valor é o momento em que a prestação foi realizada, não o momento em que se exerce a pretensão de restituição.

⁽¹⁶⁶⁾ Ou uma combinação de todos. O art. 1701 do Code Civil do Québec prevê que a restituição se fará pelo menor dos valores entre a estimação no dia da receção do bem, no dia da sua perda ou alienação e no dia da restituição, salvo o caso de má fé em que se tratará do valor mais elevado.

⁽¹⁶⁷⁾ Para LUIGI MOSCO, *ob. cit.*, pp. 274-275, as obrigações de restituição decorrentes da resolução não são obrigações contratuais propriamente ditas e não há que atender à correspetividade que existia entre as prestações objeto do contrato sinalagmático. Para o autor tais obrigações de restituição não derivam direta ou indiretamente da vontade contratual, mas são antes efeitos que a lei faz decorrer da resolução.

⁽¹⁶⁸⁾ VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 220: “A fim de restabelecer, na medida do possível, a situação anterior, deve a parte, que assim tirou vantagem de serviços ou objectos, pagar à outra o valor corrente dos

Já a tese segundo a qual o contrato sobrevive à resolução, abrindo-se uma fase de liquidação que é, ela própria, contratual (e não um efeito legal da resolução) parece atribuir um papel proeminente ao equilíbrio contratual encontrado pelas partes e, portanto, ao preço por elas acordado⁽¹⁶⁹⁾ e é nesse sentido que se orienta por exemplo a Reforma alemã⁽¹⁷⁰⁾.

Note-se, todavia, que mesmo autores que aderem à construção de STOLL de que a resolução não extingue o contrato, nem sempre defendem

serviços ou da utilização ao tempo em que foram prestados aqueles ou feita esta; do mesmo modo deve pagar a outra o valor de quaisquer outras prestações que, por sua natureza, não possam ser restituídas. Como resolvido o contrato, se não aplicam as regras deste, a retribuição dos serviços, da utilização ou das prestações deve fazer-se pelo valor corrente ou comum. O § 346 do Código alemão [na versão anterior à reforma] dispõe que no caso de se ter estipulado uma contraprestação em dinheiro, se atende a ela. Mas, visto o contrato ser resolvido, talvez seja preferível não atender à contraprestação estipulada, a qual pode ter sido estipulada em consideração da subsistência do contrato. Só se atenderia a ela quando fosse de admitir que as partes a estipularam para valer mesmo independentemente da manutenção do contrato ou a teriam estipulado também se tivessem previsto a resolução deste” (cf. também o art. 2.º n.º 2 do articulado, p. 281).

⁽¹⁶⁹⁾ Cf., por todos, LUCA GUERRINI, *Le Restituzioni Contrattuali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 116: a restituição da prestação, quando não for possível a restituição em espécie “deve ser restituída por equivalente ao preço contratual, ressalvada a hipótese de redução de tal importância em consequência da incidência de um eventual vício”. Só assim se teria na devida conta que a resolução por incumprimento constitui uma manifestação do sinalagma, devendo salvaguardar-se o equilíbrio do contrato (p. 115). LUCA GUERRINI, *Risoluzione del contratto di vendita e restituzioni: la Cassazione dice addio all'indebito e sdogana la lettura organica degli art. 1453, 1458, 1492 e 1493 c.c.*, Il Foro Italiano 2021, Parte I, p. 1807, ss. P. 1810: deve atender-se ao valor acordado pelas partes. Cf., também, MATTEO DELLACASA, *Breve indagine sull'azione per la restituzione del prezzo, ovvero sulla rilevanza dello scambio a seguito della risoluzione*, Rivista di Diritto Civile 2022, n.º 1, p. 15, ss., pp. 18-19.

⁽¹⁷⁰⁾ Na Alemanha quando a prestação recebida pela parte fiel não pode ser restituída *in natura*, o seu equivalente pecuniário é determinado com base no preço contratual (§ 346(2) BGB; ver também art. III-3:512(2) DCFR). Para ARND ARNOLD, *ob. cit.*, p. 157, o BGB manda atender no § 346 Abs. 2, S2 ao valor da contraprestação para a fixação da restituição em valor, mas a norma deve ser interpretada com cuidado: no caso da coisa objeto da prestação ter sido destruída deve restituir-se o valor aferido pela contraprestação quando a coisa correspondia ao acordado no contrato. A resolução careceria de interesse prático ou económico para o resolvente se tivesse de restituir um valor equivalente ao preço quando, por exemplo a coisa fosse defeituosa (deve ser possível aqui um remédio equivalente à redução do preço). Uma crítica *de iure condendo* pode encontrar-se em DAGMAR KAISER, *Anotação ao § 346 BGB*, números de margem 108 e 109, in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 346-361 (Rücktritt und Widerruf), Neubearbeitung 2012, Sellier, de Gruyter, Berlin, 2012, p. 115: atender ao preço acordado no contrato equivale a uma solução similar à do cumprimento do contrato, quando este foi resolvido. Uma tal solução entra em conflito com o escopo da restituição subsequente à resolução que seria a de colocar as partes na situação em que estariam sem o intercâmbio de prestações (“Das hält ihn entgegen der Zielrichtung des Rücktritts, den ohne Leistungsaustausch bestehenden Zustand wiederherzustellen, am Vertrag fest”) e seria particularmente inadequada por exemplo, na resolução da venda de uma coisa defeituosa (n.º de margem 109). Uma reflexão à parte que não poderemos fazer neste estudo diz respeito à entrega não de uma coisa defeituosa, mas de um verdadeiro *aliud*, sendo certo que nesse caso não pareça que se deva, de todo, atender ao preço acordado.

que o preço contratual seja determinante na aferição do valor da prestação cuja restituição em espécie se tornou impossível. Assim LESER⁽¹⁷¹⁾ considera que para a determinação do valor a restituir se deve partir da consideração do preço contratualmente acordado, existindo uma presunção de que a valoração realizada no contrato é a correta. Mas para LESER tal presunção é ilidível e deve consentir-se a prova de que o valor comum (“gemeine Wert”) é inferior ao preço contratual e nesse caso deve prevalecer o valor “objetivo” e não o preço acordado. O autor afirma expressamente que há limites à noção da sobrevivência do contrato.

Não falta também doutrina que partindo do preço acordado pelas partes, conclua que a restituição do valor, na hipótese de a restituição em espécie não for possível, poderá ter que atender ao valor de mercado quando superior ao preço e sobretudo se “realizado” tal valor pela parte obrigada à restituição. Neste sentido pronuncia-se, por exemplo, DELLACASA que afirma expressamente que se a restituição em valor tivesse sempre o seu limite no preço contratual, o comprador incumpridor teria um incentivo para subtrair o bem à pretensão restitutória (por exemplo, alienando-o), para lucrar com a diferença entre o novo valor e o preço acordado^(172/173/174).

⁽¹⁷¹⁾ Aut. e *ob. cit.*, p. 170. Como refere, de outro modo surgiria uma vinculação inadequada ao contrato original e às perspectivas de lucro nele previstas que pode não se justificar à luz do escopo restrito da relação de liquidação (“Andernfalls könnte eine unangemessene Bindung an den ursprünglichen Vertrag und die in ihm fixierten Gewinnaussichten eintreten, die sich mit dem beschränkten Abwicklungsziel nicht verträgt, Hier hat die Fortwirkung des Vertrages eine Grenze”).

⁽¹⁷²⁾ MATTEO DELLACASA, *Risoluzione dei contratti svantaggiosi e restituzioni: un itinerario dentro, e fuori, i confini dell'interesse positivo*, Europa e diritto privato 2023, n.º 2, p. 351, ss., p. 380. O autor embora comece pelo princípio de que o equivalente pecuniário da prestação executada será determinado com base no valor que as partes lhe atribuíram em sede de fixação do correspondente contratual, defende, no entanto, que se o valor de mercado do bem tiver subido, superando o preço contratual, e se o bem tiver sido alienado pelo comprador que incumpriu o contrato por um correspondente em conformidade com o seu valor de mercado, então, “é de considerar que o vendedor possa obter a restituição de uma soma correspondente o valor de mercado do bem [e superior ao preço acordado entre o resolvente e o comprador infiel]”.

⁽¹⁷³⁾ LEONARDO COVIELLO junior, *Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno*, Rivista di Diritto Civile 1935, ano XXVII, p. 1, ss., p. 34, defendia que a restituição em valor deveria ser feita pelo valor de mercado e “[a] título de ressarcimento do dano será devida ao vendedor a diferença entre o preço contratual e o preço de mercado se este último for inferior àquele”.

⁽¹⁷⁴⁾ Cf., igualmente, SONJA MEIER, *Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge: Neue europäische Entwicklungen*, RabelsZ 80 (2016), p. 851, ss., p. 874, defende que do ponto de vista dogmático não é claro que a valoração feita pelas partes no contrato deva ser respeitada aquando da resolução por incumprimento (“Insbesondere bei der vertragsbrüchigen Partei stellt sich die Frage, ob sie die andere wirklich am Äquilibrium eines Vertrags festhalten kann, diesen Pflichten sie selbst verletzt”). Se o comprador tiver vendido abaixo do preço de mercado porque tinha pressa em receber o preço, e se depois resolve o contrato por falta de pagamento do mesmo, a restituição em valor caso a coisa tenha perecido deverá fazer-se em função do preço? E se inversamente o vendedor vendeu acima do

A questão é igualmente muito delicada quando se trata de avaliar um serviço, designadamente um serviço mal executado ou incompleto⁽¹⁷⁵⁾. Recordando um famoso exemplo alemão — o da lesma na salada⁽¹⁷⁶⁾ — qual é o valor de meia refeição? Ou de meio concerto? Ou o valor de um mau conselho?

E daí que segundo informa GENICON⁽¹⁷⁷⁾, em França quando a resolução respeita a um contrato em que o contraente incumpridor tinha uma obrigação de fazer ocorre frequentemente que os tribunais em vez de condenar na restituição do valor dessa prestação (parcialmente ou defeituosamente) executada, recusam-se a avaliar esse serviço e condenam o prestador de serviços a restituir a totalidade do preço recebido. A prestação de serviço pode revelar-se, na verdade, tão defeituosa que não constitui uma qualquer vantagem para o destinatário, traduzindo-se apenas em um prejuízo.

8.5. A restituição de uma quantia em dinheiro

A restituição de uma quantia em dinheiro — por exemplo, a restituição do preço pelo vendedor no caso da resolução de uma compra e venda — é hoje considerada pela doutrina dominante como uma dívida de valuta, sujeita ao princípio nominalista^(178/179) que impera nas obrigações pecu-

preço de mercado, mas a compra e venda é resolvida pelo comprador porque a coisa era defeituosa terá este que restituir o valor da coisa em função do preço acordado?

(175) Cf., entre nós, o Ac. do STJ de 09-07-2020, processo n.º 48827/16.3Y1PRT.L1.S1 (HENRIQUE ARAÚJO): “1. A resolução judicial de um contrato de prestação de serviços parcialmente cumprido, obriga à restituição do valor correspondente à parte executada; 2. O cálculo do equivalente pecuniário que uma das partes deva pagar à outra, em consequência dos benefícios usufruídos com os serviços, deve ser feito em atenção à contraprestação pecuniária que tenha sido eventualmente estipulada; 3. Se o contrato não revelar elementos suficientes para esse cálculo, a possibilidade de se recorrer à equidade, com base no art. 566.º, n.º 3, do CC, é exclusiva das instâncias, por se tratar de questão de facto”.

(176) Não desenvolveremos o tema aqui. Sobre a questão que suscitou um vivo debate na Alemanha cf., por todos, ARNDT TEICHMANN, *Die Schneke im Salat — oder das Menue im Feinschmeckerlokal als Suzzessivlieferungsschuldverhältnis*, JÄ 1987, p. 65, ss.; HEINRICH SCHOPP, *Nochmals die Schneke im Salat — oder: das Menü im Feinschmeckerlokal als Sukzessivlieferungsschuldverhältnis?*, JÄ 1987, p. 472, ss.; ERNST WOLF, *Schneke im Salat — Rauchverbot*, NJW 1987, p. 821, ss.

(177) GENICON, *ob. cit.*, p. 656, ss.

(178) Importa, contudo, reconhecer que a solução não é inteiramente consensual. Para TRIMARCHI, *cit apud* RAFFAELA DE MATTEIS, *L'obbligazione restitutoria tra debito di valuta e debito di valore*, Rivista di Diritto Civile 1986, Parte II, p. 665, ss. o princípio nominalista não é obstáculo à possibilidade de configurar a obrigação ressarcitória como débito de valor porque tal princípio apenas operaria na fase fisiológica da relação e já não na fase patológica, dada a diversidade de interesses juridicamente relevantes nas duas fases, pelo que haveria que controlar se as justificações para o princípio nominalista ainda valem quanto à indemnização.

(179) Neste sentido cf., por exemplo, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e*

niárias (art. 550.º do nosso Código Civil), sem prejuízo da possibilidade de ressarcimento do dano sofrido, caso estejam reunidos os pressupostos da responsabilidade civil. No passado, mormente em Itália, a questão era assaz controversa. A Cassazione pronunciou-se em vários Acórdãos noutro sentido — vejam-se, por exemplo, o Acórdão da Corte di Cassazione de 23 de agosto de 1985, n. 4510 (que decidiu que a obrigação de restituição de uma soma em dinheiro, consequente à resolução do contrato, configura um débito de valuta quando incide sobre a parte sem culpa e constitui um débito de valor quando obrigada à restituição é a parte que com o seu próprio incumprimento deu lugar à dissolução do contrato)⁽¹⁸⁰⁾ e o Acórdão proferido a 29 de fevereiro de 1986, n. 1203^(181/182) (o qual se pronunciou no sentido de que a obrigação de restituição, quando incidia sobre o incumpridor, tinha caráter ressarcitório, invocando a retroatividade da resolução). Tratar-se-ia de uma dívida de valor dada a identidade da função desta restituição e das obrigações de ressarcimento, sendo que, como se pode ler na motivação da última decisão judicial mencionada, “a *ratio* do automatismo da reavaliação em termos de obrigação de valor está precisamente na necessidade de um ressarcimento integral e concreto”. No entanto esta posição foi revista pela própria Cassazione em Acórdão de 4 de

Não Cumprimento, cit., pp. 383-384. O autor não deixa de reconhecer que “[e]ste aparente e geral pior tratamento do credor pecuniário explica-se (...) mais pelo princípio nominalista do que pelo afastamento do sentido reequilibrador da restituição”.

⁽¹⁸⁰⁾ RAFFAELA DE MATTEIS, *ob. cit.*, pp. 666-667. A autora refere tratar-se de uma decisão de equidade, frequente nos períodos de grande inflação, mas que não é correta. em primeiro lugar porque “o incumprimento não é a fonte da obrigação de restituição, mas sim a causa da resolução do contrato; considero que a verdadeira e exclusiva fonte da obrigação de restituição (...) está em ter-se recebido uma soma que na sequência da resolução já não lhe pertence” e depois porque só com a resolução do contrato é que surge a obrigação de restituição, existindo até esse momento uma justa *causa retinendi* do *accipiens*.

⁽¹⁸¹⁾ CARNEVALI, *ob. cit.*, p. 201, comenta desfavoravelmente esta decisão: Em primeiro lugar, diz “a retroatividade é simplesmente um instrumento técnico para criar uma situação (tanto quanto possível) objetivamente idêntica à que existiria se o contrato não tivesse existido e não tem uma conexão necessária com a reparação de um dano”. Na resolução por incumprimento o plano da retroatividade interseta um outro, o do incumprimento, e é este e só ele a fonte da obrigação de reparar o dano. Em segundo lugar, esta tese acabaria por redundar numa duplicação do dano, sobretudo se conduzisse a que a revalorização da soma de dinheiro a restituir fosse qualquer coisa que acrescesse ao dano medido pelo interesse positivo.

⁽¹⁸²⁾ Há muita jurisprudência italiana mais antiga no mesmo sentido. Veja-se a decisão citada por LUIGI MOSCO, *ob. cit.*, p. 272: o Acórdão da Cassazione de 28 de abril de 1949 (Il Foro Italiano 1949, I, 543) que entendeu que a obrigação de restituição do preço era uma dívida de valor, com o argumento de que “as obrigações de restituição que oneram ambas as partes tendem a restabelecer a situação anterior e tal situação não é restabelecida caso não se reconheça que a obrigação a cargo do vendedor é uma dívida de valor”.

dezembro de 1992, n. 12942, que acabou por afirmar a natureza de débito de valuta da obrigação de restituição de uma soma pecuniária.

Com efeito, e como atrás dissemos, convém não confundir restituição e reparação do dano. A restituição da quantia far-se-á segundo o seu valor nominal^(183/184). Importa, contudo, ter presente que, no nosso sistema se o vendedor estiver de boa fé não terá de restituir os frutos civis da quantia que recebeu, ou seja, os juros.

9. O efeito retroativo da resolução

9.1. Uma retroatividade “débil”

Por força das disposições conjugadas dos arts. 433.º, 434.º n.º 1, 435.º n.º 1 e 289.º n.º 1 do Código Civil, a resolução tem, em princípio, efeito retroativo entre as partes do contrato, mas não em relação a terceiros.

Esta retroatividade, importa referi-lo antes de mais, é uma retroatividade instrumental^(185/186/187/188) e não representa um fim em si mesma,

(183) CARNEVALI, *ob. cit.*, p. 202: “A obrigação do *accipiens* de restituição de uma soma em dinheiro é regida pelo princípio nominalista e comporta o pagamento de juros legais para restaurar o contraente fiel pela falta de obtenção dos frutos dessa soma em consideração da natureza retroativa da restituição. Ao invés, na liquidação do dano deve ter-se em conta ulteriores danos que resultem da falta de disponibilidade da soma e por conseguinte também o eventual dado da desvalorização monetária caso o contraente infiel demonstre ter sofrido esse dano”.

(184) Importa ter presente, no entanto, que a mera restituição do valor nominal na sequência da anulação de contratos após um significativo período pode conduzir a uma situação desrazoável e de “rutura do justo equilíbrio” e representar uma violação do art. 1.º do protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos como o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já decidiu (vejam-se os Acórdãos proferidos a 8 de novembro de 2007, n.º 45116/98, *Kalinova c. Bulgarie* e a 18 de abril de 2023, n.º 61380/15, *Demiray c. Türkiye*). Não desenvolveremos este aspeto no contexto deste pequeno estudo. Sobre o tema cf., por exemplo, JEAN-PIERRE MARGUÉNAUD, *Les restitutions consécutives à l'anéantissement du contrat encadrées par le principe de la proportionnalité*, *Revue des Contrats* 2023, n.º 3, p. 104, ss. Recorde-se, também, que alguma doutrina nacional é bastante crítica quanto à restituição apenas do valor nominal — cf. sobre o tema MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *A Obrigação de restituir o preço e o princípio do nominalismo das obrigações pecuniárias* — A propósito do acórdão do STJ de 11 de março de 1999, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Editora, 2003, p. 547, ss., que se reporta precisamente à restituição do preço num contrato nulo por falta de forma 20 anos depois da celebração do contrato.

(185) ROBERT WINTGEN, *La Retroactivité de l'Anéantissement en Droit Comparé*, *Revue des Contrats* 2008, n.º 1, p. 73, ss. O autor, que identifica nada menos que três diferentes concepções de retroatividade, observa que “o conceito de retroatividade é um instrumento que é utilizado para resolver as dificuldades consecutivas ao fracasso de uma relação contratual”, mas as soluções que podem

devendo operar-se e na estrita medida em que tal seja necessário para lograr os efeitos pretendidos com a resolução — aliás, a nossa lei afirma expressamente que a retroatividade não deve contrariar a finalidade da resolução (parte final do n.º 1 do art. 434.º do Código Civil). A retroatividade é uma ficção jurídica que não apaga a existência do contrato — mormente quando estamos a considerar a resolução em que foi celebrado um contrato válido, e não uma hipótese de invalidade — e não é, por conseguinte, uma “máquina do tempo”⁽¹⁸⁹⁾ que permita às partes “viajar” de regresso ao momento anterior àquele em que celebraram o contrato⁽¹⁹⁰⁾ (ou, porventura com mais rigor face à tese de STOLL, ao momento em que o contrato começou a não ser corretamente cumprido). A norma do art. 435.º n.º 1 — que se inspirou numa disposição do Código Civil italiano que já foi qualificada de sibilina⁽¹⁹¹⁾ — mostra bem que esta retroatividade é uma

deduzir-se deste conceito são incertas e frágeis e, sobretudo, elas camuflam a verdadeira questão que é a da justa repartição dos riscos consequentes ao fracasso do contrato.

⁽¹⁸⁶⁾ PASCAL ANCEL, *La résolution pour inexécution: évolutions récentes du droit français*, in *Il Contratto e le Tutele, Prospettive di Diritto Europeo*, coord. por Salvatore Mazzamuto, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 398, ss., p. 415: “a retroatividade da resolução não é uma necessidade técnica, mas uma opção de política jurídica ligada à eficácia da sanção: o escopo é o de, simultaneamente, liberar o credor de uma obrigação que o incumprimento do devedor tornou injusta e sancionar o contraente autor do incumprimento, privando-o dos benefícios que retirou do contrato, sem fornecer a contrapartida. Desde que a execução do contrato pareça divisível no tempo, a retroatividade só se impõe se for necessária para atingir os seus objetivos: se no passado o contrato funcionou corretamente, não há qualquer razão para alterar o que foi executado”.

⁽¹⁸⁷⁾ ELENA BARGELLI, *ob. cit.*, p. 338, afirma que a retroatividade “despojada da veste de dogma” constitui uma mera técnica jurídica, funcional a criar uma realidade o mais próxima possível àquela que se teria verificado se os factos ou efeitos que se pretende remover não subsistissem ou não se tivessem produzido.

⁽¹⁸⁸⁾ Historicamente a aproximação realizada pela jurisprudência e doutrina francesas entre a resolução e a condição resolutiva tácita, consagrada na versão originária do Código Civil francês, contribuiu, como destaca RODOLFO SACCO, *Il Contratto, In Trattato di Diritto Civile Italiano*, dir. por Filippo Vassalli, Vol. VI, Tomo secondo, UTET, Torino, 1975, pp. 943-944, para “acreditar no alcance retroativo absoluto da resolução”. Cf., igualmente, ADOLFO DI MAJO, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, Europa e diritto privato, 2001, p. 531, ss., p. 553: O princípio da retroatividade é filho da ideia de que o incumprimento deve assimilar-se a uma condição resolutiva que deve entender-se implicitamente introduzida no contrato. Pondo-se de parte essa ideia, a retroatividade já não se justifica.

⁽¹⁸⁹⁾ PHILIPPE STOFFEL-MUNCK, *Nullité, restitutions et peine privée*, *Revue des Contrats* 2016, n.º 2, p. 214, ss., p. 214: “A retroatividade é apenas uma ficção jurídica; não deve *a priori* estender-se para além do que exige a sua estrita razão de ser: fazer regressar ao património de cada um, *in natura* ou em valor, o que dele saiu por força da execução de um contrato nulo. Assim a lógica do fluxo e refluxo que anima a teoria das restituições não pretende fazer o contratante viajar no tempo”.

⁽¹⁹⁰⁾ WINTGEN, *ob. cit.*, p. 77.

⁽¹⁹¹⁾ BRUNO SCHMIDLIN, *La Risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullità ex tunc al rapporto di liquidazione contrattuale*, Europa e diritto privato, 2001, n.º 4, p. 825, ss., pp. 841-842.

retroatividade limitada ou, nas palavras de CASTRONOVO, uma retroatividade “débil”⁽¹⁹²⁾.

Entre as partes do contrato que venha a ser resolvido a resolução tem, em princípio, efeito retroativo. Mesmo aqui podem, no entanto, suscitar-se questões: num contrato translativo de propriedade, por exemplo uma compra e venda que venha a ser resolvida, a (re)transmissão da propriedade para o vendedor opera automaticamente ou supõe antes um ato de transmissão do comprador para o vendedor (ato ao qual o comprador ficaria obrigado por efeito da resolução)? Este último entendimento foi sustentado em Itália por AULETTA⁽¹⁹³⁾ e implicava que o vendedor seria considerado como tendo adquirido a propriedade do comprador. Trata-se de um entendimento rejeitado pela doutrina dominante em Itália⁽¹⁹⁴⁾ que sustenta hoje que desde que a titularidade do bem ainda pertencesse ao comprador a resolução da compra e venda opera *ex lege*, pelo que o vendedor volta a ser o proprietário desde o início (isto é, desde o momento da celebração do contrato)^(195/196/197). Na realidade, e mais uma vez, poderá ser necessário

(192) CARLO CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, Europa e diritto privato 1999, p. 793, ss., p. 799. Na verdade, o autor vai ainda mais longe, afirmando que a “retroatividade *inter partes* é uma retroatividade *sui generis* e, para sermos rigorosos, uma não retroatividade” (*ob. cit.*, p. 798).

(193) O autor da resolução deveria ser configurado, para AULETTA, *ob. cit.*, p. 168, n. 37, como tendo adquirido do outro contraente. Verificar-se-ia com a resolução uma retransmissão coativa do direito para o seu originário titular, como sanção (recorde-se que AULETTA foi um dos principais partidários da natureza sancionatória da resolução). Sobre o tema cf. MATILDE GIROLAMI, *Risoluzione, Mutuo Dissenso e Tutela dei Terzi*, Rivista di Diritto Civile 2009, Parte I, p. 181, ss., p. 184: Para AULETTA, o autor da resolução deveria ser configurado, como tendo adquirido do outro contraente (“l’attore in risoluzione andrebbe configurato come un avente causa del convenuto”).

(194) LUIGI MENGONI, *Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti*, in Scritti II, Obbligazioni e Negozio, coord. por Carlo Castronovo, Antonio Albanese e Andrea Nicolussi, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 475, ss. (trata-se de um artigo originariamente publicado na Rivista di Diritto Commerciale 1948, Parte I, pp. 300-309), p. 482: o resolvente não adquire da outra parte, mas volta a ser titular “por força do seu antigo título”, embora a resolução não seja oponível aos subadquirentes (“L’attore in risoluzione non è un avente causa del convenuto, bensì retorna titolare in forza del suo antico titolo, per riflesso della revoca del rapporto traslativo; solo che tale revoca non è opponibile ai subacquirenti”).

(195) Fala-se aqui por vezes de uma retroatividade real relativa — assim GIUSEPPE MIRABELLI, *Dei Contratti in Generale, Commentario del Codice Civile*, Libro IV, Tomo Secondo (Titolo II), 2.^a ed., UTET, Torino, 1967, p. 567 e MOSCO, *ob. cit.*, p. 269, por operar a transmissão da propriedade, mas outros autores criticam esta terminologia porque real significaria oponível a terceiros e a resolução não prejudica os direitos adquiridos por terceiro, pelo que haveria sempre que falar em retroatividade obrigacional. Neste sentido ENRICO ENRIETTI, *ob. cit.*, p. 834.

(196) Se a venda for resolvida, mas o comprador, por exemplo, constituir um usufruto sobre o prédio vendido, a propriedade “regressará” ao vendedor, mas onerada com o usufruto, colocando-se então, além da restituição em espécie a questão da indemnização (outros dirão antes restituição em valor) da diferença de valor entre o prédio livre de quaisquer ónus e encargos e onerado com o usufruto.

algum realismo quanto aos limites da retroatividade quando se tem em conta a possibilidade de atos de mera administração praticados sobre a coisa pelo comprador⁽¹⁹⁸⁾.

9.2. Os direitos adquiridos por terceiros

A resolução não prejudica os direitos adquiridos por terceiros⁽¹⁹⁹⁾. Afigura-se-nos que a norma do art. 435.º é imperativa, não podendo as partes do contrato que será ou foi resolvido pretender afastá-la⁽²⁰⁰⁾.

Aqui, e ao contrário do que sucede nos contratos inválidos, os terceiros adquirem *a domino* e os seus direitos não podem ser prejudicados pela resolução. A norma do art. 435.º n.º 1 afasta a aplicação neste contexto do art. 291.º, já que a equiparação feita pelo art. 433.º dos efeitos da resolução à nulidade ou anulabilidade ressalva expressamente os artigos seguintes (e, portanto, o art. 435.º). Concordamos, assim, inteiramente, com a afirmação de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA de que “não interessa já o disposto

⁽¹⁹⁷⁾ MAURO PALADINO, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, p. 230: A resolução por incumprimento é estruturada *ex lege* como dissolução da relação cuja retroatividade consente ao credor [resolvente] prosseguir na titularidade do direito antecedente à conclusão do contrato, sem ser considerado sucessor a título particular da contraparte.

⁽¹⁹⁸⁾ Cf. VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 223: “Os actos de administração, realizados sobre a coisa que é objecto do contrato, não devem ser atingidos pela resolução deste. Tais actos são realizados por quem, na data em que o são, tem legitimidade para os praticar e, portanto, terceiros com quem sejam celebrados, não devem ser prejudicados pela resolução do contrato. Se, por exemplo, o contraente B, tendo recebido de A certo objecto, cede o uso dele a C, esta cessão não é prejudicada pela resolução do contrato entre A e B. Aplicar-se-ia a doutrina proposta em relação aos terceiros adquirentes”. No mesmo sentido BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato...*, *cit.*, p. 171, n. 503, invocando o lugar paralelo da condição resolutiva: “São ainda intocáveis os actos de administração (v.g. um arrendamento por prazo não superior a seis anos) realizados até ao momento da resolução (cf. o art. 277.º, 2, do C.C., embora no domínio da condição resolutiva)”. Sobre os atos de administração ordinária na condição resolutiva cf., por todos, ANA ISABEL AFONSO, *A Condição, Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, Universidade Católica Editora, Porto, 2014, p. 385, ss. A solução da manutenção destes atos, refere a autora, “é facilmente explicada na perspectiva do aproveitamento económico da coisa”.

⁽¹⁹⁹⁾ Destaque-se a existência de alguma polémica em Itália sobre quem são os “terceiros” para efeitos de aplicação da norma. MATILDE GIROLAMI, *ob. cit.*, p. 186, defende que terceiro seria aqui aquele que adquire a título particular por ato entre vivos, excluindo o legatário. Contra UGO CARNEVALI, *Gli Effetti della Risoluzione*, in *Il Contratto in Generale*, Tomo VIII, La Risoluzione, Trattato di Diritto Privato, dir. por Mario Bessone, Vol. XIII, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 189, ss., p. 217, que considera que o legatário é um terceiro para este efeito.

⁽²⁰⁰⁾ No mesmo sentido em Itália perante a norma correspondente ANGELO BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, Enciclopedia del Diritto, Vol. XL, Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 1307, ss., p. 1311, que afirma que a sua imperatividade é por assim dizer *in re ipsa*.

no art. 291.º, visto que os efeitos em relação a terceiros têm regulamentação própria no art. 435.º.”⁽²⁰¹⁾.

O art. 435.º protege os direitos adquiridos por terceiros, independentemente de tais direitos terem sido adquiridos a título oneroso ou a título gratuito, seja qual for a natureza de tais direitos (sejam eles reais ou de crédito)⁽²⁰²⁾ e também independentemente da boa ou da má fé dos terceiros^(203/204/205). Relativamente a este último aspeto, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA afirmam que “não há, rigorosamente, na resolução, má fé de terceiros” porque “[e]stes, embora conheçam a possibilidade legal ou contratual do exercício do direito de resolver o negócio, não têm de agir em conformidade com o exercício ou não exercício de tal direito”⁽²⁰⁶⁾.

(201) PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), Código Civil Anotado, Vol. I, 4.ª ed. revista e atualizada (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, anotação ao art. 433.º, p. 410.

(202) A questão, perante norma similar ao nosso art. 435.º n.º 1, o art. 1458 do Codice Civile, não é pacífica em Itália. CASTRONOVO, *ob. cit.*, p. 827, interroga-se se os direitos dos terceiros que não são prejudicados pela resolução do contrato não deveriam ser apenas os direitos reais. Comparar com MARCO ROSSETTI, *La Risoluzione per Inadempimento*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 306: direitos adquiridos pelo terceiro que não podem ser postos em causa pela resolução são tanto os direitos reais como os direitos de crédito.

(203) PIETRO TRIMARCHI, *Il Contratto: Inadempimento e Rimedi*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 76: “A fim de simplificar radicalmente a situação dos terceiros adquirentes, estes são sempre tutelados, sem indagar se sabiam ou não do incumprimento. O incumprimento e a resolução que pode eventualmente seguir-se não lhes dizem respeito”.

(204) E quer tenha havido entrega da coisa ao terceiro ou não, já que no nosso sistema legal a transmissão da propriedade opera, em princípio, por mero efeito do contrato, sem necessidade de entrega. Como refere face ao direito italiano ARTURO DALMARTELLO, *Risoluzione del Contratto*, Novissimo Digesto Italiano, Vol. XVI, Utet, Torino, 1959, p. 127, ss., p. 146, “[p]ara adquirir o bem — isto é, para prevalecer sobre o (originário) alienante (a favor de quem operará, depois a resolução) — o terceiro adquirente (subadquirente daquele que sofrerá a resolução) não carece nem de ter a posse da coisa, nem de estar de boa fé (isto é de ignorar que quem lhe alienou a coisa é incumpridor), precisamente porque adquire *a domino* e continuará a ser considerado como tendo adquirido *a domino* depois da resolução dada a irretroatividade dos efeitos desta em relação a terceiros”.

(205) Contra MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 926 que defende uma interpretação restritiva do art. 435.º n.º 2, a qual conduziria a que, além de apenas serem protegidos os terceiros adquirentes a título oneroso, também só seriam protegidos os terceiros de boa fé, ou seja, “aqueles que no momento da aquisição, desconhecessem, sem culpa, o fundamento da resolução, por extensão do art. 291.º/1 e 3”. Não sufragamos este entendimento. WALTER BIGIARI, *Risoluzione per inadempimento e alienazione di cosa litigiosa*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1954, p. 128, ss., p. 132, reafirmando o que já tinha escrito em 1934, pergunta: como se pode dizer estar de má fé o comprador que sabe que a coisa que lhe está a ser vendida não foi ainda paga por quem lhe vende? O facto de que tal pagamento não se realizou não é um vício do negócio cujo conhecimento implique a má fé de quem compra ao vendedor inadimplente. E acrescenta, mesmo, que “sustentar uma tal aberração significaria dar um golpe mortal ao comércio”.

(206) PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *ob. cit.*, anotação ao art. 435.º, p. 411. Os autores ressaltam apenas o disposto no art. 932.º no caso de venda a retro se a cláusula tiver sido objeto de registo.

Com efeito, se, por exemplo, uma venda for resolvida por falta de pagamento do preço, o terceiro que comprou a coisa ao comprador daquela primeira venda pode nem sequer suspeitar da falta de pagamento do preço por quem lhe vendeu a coisa. Mas mesmo que suspeite e até mesmo que saiba, trata-se de uma questão que lhe é alheia e não lhe diz respeito^(207/208) — comprou a quem era proprietário da coisa e a resolução do primeiro contrato não lhe é oponível (com a exceção do n.º 2 do art. 435.º). Será, porventura, de admitir solução diversa, em casos de conluio, em que o terceiro não apenas saiba que quem lhe vende a coisa não a pagou, mas tenha colaborado ativamente com aquele de modo a causar prejuízo ao primitivo vendedor e resolvente^(209/210/211).

Como já referimos, também as aquisições a título gratuito não devem ser prejudicadas pela resolução. Pode, todavia, questionar-se se o art. 435.º n.º 1 afasta apenas o art. 291.º, mormente o seu n.º 1, ou se não deverá afastar igualmente o disposto no n.º 2 do art. 289.º. Suponha-se que A vende a B uma joia e que B a doa a C. Se a venda for resolvida por exemplo por falta de pagamento do preço e B não conseguir restituir o valor da mesma a A, poderá A exigir a C o valor da joia, pelo menos na medida do enriquecimento deste último?

Perante normas similares a questão é controvertida em Itália. CASTRONOVO⁽²¹²⁾, por exemplo, sustenta que apesar da resolução não poder prejudicar direitos adquiridos por terceiros e, por conseguinte, não afetar a titularidade destes dos direitos objeto de disposição no contrato resolvido, tal

⁽²⁰⁷⁾ VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 199, afirma que “[t]erceiros não têm que ser atingidos por uma resolução baseada numa convenção entre as partes e que, por isso, só a estas obriga” e acrescenta: “Se esses terceiros são de má fé, isto é, adquiriram o direito com conhecimento do direito de resolução, afigura-se deverem ser também defendidos contra os efeitos da resolução”.

⁽²⁰⁸⁾ Em sentido diverso, parece-nos, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 205: “[A] irrelevância da atuação de má fé por parte do terceiro suscita alguma perplexidade”.

⁽²⁰⁹⁾ VAZ SERRA; *ob. cit.*, p. 209, n. 91: “Se o terceiro adquire com conhecimento do direito de resolução e com a intenção de prejudicar o titular deste direito, pode ser caso de responder por indemnização com base nos princípios do abuso do direito ou do dano causado contra os bons costumes”.

⁽²¹⁰⁾ GIANLUCCA SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in GIANLUCCA SICCHIERO/MASSIMO D’AURIA/FRANCESCA GALBUSERA, *Risoluzione dei Contratti, Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, dir. por Pietro Perlingieri, Sezione IV,11, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 1, ss., pp. 131-132: Será necessária a prova da existência deste conluio com o terceiro para poder proteger o resolvente.

⁽²¹¹⁾ GIUSEPPE AULETTA, *ob. cit.*, p. 253, considerava, no entanto, que o subadquirente estaria de má fé se soubesse não apenas que quem lhe vende a coisa ainda não a pagou, mas também que não está, ou provavelmente não estará, em condições de pagá-la, o que para o autor seria já um caso de fraude.

⁽²¹²⁾ CASTRONOVO, *ob. cit.*, p. 825.

não impede que possa haver efeitos “colaterais, inferiores e, portanto, compatíveis” como seria o art. 2038 (equivalente ao nosso n.º 2 do art. 289.º). Assim, o terceiro não teria que restituir a coisa que agora é sua e integra o seu património, mas poderia ter que responder pelo seu enriquecimento, quando a sua aquisição fosse a título gratuito, o que corresponderia ao princípio geral da menor proteção das aquisições a título gratuito⁽²¹³⁾. Contra pronunciou-se NICOLUSSI que, destacando que aqui o terceiro adquire, mesmo que a título gratuito, *a domino*, entende que forçar o terceiro a restituir o valor da coisa, mesmo que no limite do enriquecimento, é, ainda, uma forma de prejudicar o seu direito⁽²¹⁴⁾. Pensamos que a tese mais correta é a sustentada por NICOLUSSI, sendo, aliás, a defendida, entre nós, por BRANDÃO PROENÇA⁽²¹⁵⁾.

O art. 435.º n.º 2 estabelece que “o registo da ação de resolução que respeite a bens imóveis, ou a móveis sujeitos a registo, torna o direito de resolução oponível a terceiro que não tenha registado o seu direito antes do registo da ação”. Verifica-se aqui, contudo, uma dificuldade, a qual de resto existe também no ordenamento italiano em que o legislador português se inspirou: é que, como resulta do art. 436.º n.º 1, “a resolução do contrato pode fazer-se mediante declaração à outra parte”, sem necessidade, pois, de qualquer ação judicial. É muito controverso na doutrina portuguesa — tal como, de resto, na doutrina italiana — se esta declaração

(213) Entre nós parece ser esse o entendimento de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *ob. cit.*, anotação ao art. 434.º, p. 411, uma vez que afirmam que “a eficácia retroactiva não é completa nos casos previstos no n.º 2 do art. 289.º”, que consideram assim ser aplicável à resolução. Cf., igualmente ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, pp. 925 e 926 (nesta última afirma-se que “apenas são tutelados os terceiros adquirentes a título oneroso”). Também JOANA FARRAJOTA, *ob. cit.*, p. 46, afirma que “importa referir que, excepcionalmente, por força do disposto no n.º 2 do art. 289.º, pode a obrigação de restituição estender-se a terceiros”.

(214) ANDREA NICOLUSSI, *Lesione del Potere di Disposizione e Arricchimento, Un'Indagine sul Danno Non Aquiliano*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 143, ss. Na hipótese de resolução a aquisição do terceiro é feita *a domino* o que deveria excluir o art. 2038 c.c. no segmento em que permite ao *solvens* agir no confronto do terceiro que adquire a título gratuito do *accipiens indebiti*.

(215) JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil, Do Enquadramento e do Regime*, Coimbra Editora, 1996, p. 168, nota 493: “Não nos parece que o art. 289.º n.º 2 do C.C. possa ser aplicado, ou pelo menos aplicado totalmente, à relação de liquidação resolutiva não só devido ao disposto no art. 432.º n.º 2, mas também aos termos amplos em que os direitos de terceiros são reconhecidos no art. 435.º do C.C.”. Cf., também, p. 180, n. 538: “Tal como dissemos *supra* (nota 493) não reputamos aqui aplicável (mesmo em relação ao titular do direito) o art. 289.º, 2, do C.C. (e que faria com que o adquirente tivesse que suportar, em dados termos, a restituição em valor consequente a uma alienação gratuita), em virtude do disposto no art. 432.º, 2, e da natureza espacial (marcadamente protectora) do art. 435.º do C.C.”. Mais recentemente, do mesmo autor, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 4.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2023, p. 381, n. 1055.

produz imediatamente o efeito da resolução do contrato, mesmo que destituída de fundamento genuíno, questão a que aludiremos *infra*. Em todo o caso, bem pode suceder, sobretudo se o autor da resolução pretender apenas o efeito liberatório desta (sem necessidade de restituição das prestações que podem nem sequer ter sido ainda executadas e, porventura, não pretendendo qualquer indemnização) que à declaração não se siga sequer qualquer ação judicial. E mesmo que tal ação judicial venha a ter lugar, seja por iniciativa do autor da resolução (que pretende, por exemplo, a restituição das prestações, sem que consiga o acordo da contraparte) ou do destinatário da declaração resolutiva, a tese dominante é a de que a sentença que reconheça a resolução é meramente declarativa. Seja como for, a opção pela resolução por mera declaração à outra parte parece deixar neste aspeto o titular do direito de resolução mais vulnerável perante terceiros, não havendo (ou não havendo ainda) registo da ação⁽²¹⁶⁾.

9.3. A resolução nos contratos de execução continuada ou periódica

O art. 434.º n.º 2 do nosso Código Civil, inspirando-se no art. 1458 do Codice Civile, consagra que “[n]os contratos de execução continuada ou periódica, a resolução não abrange as prestações já efetuadas, exceto se entre estas e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas”. Deixando, por ora, de lado a questão de saber se *de iure condendo* não seria preferível outra formulação, como, por exemplo, a adotada pela Reforma de 2016 do Código Civil francês⁽²¹⁷⁾, a norma é frequentemente considerada como uma exceção ao efeito retroativo da resolução consagrado no n.º 1 do mesmo artigo. Todavia não só também aqui pode haver alguma retroatividade, ainda que mitigada, como a regra e a

⁽²¹⁶⁾ A situação estava prevista no art. 3.º n.º 3 do articulado proposto por Vaz Serra: “O titular do direito de resolução, que declare esta à outra parte, pode fazer anotar no registo, se o contrato versar sobre bens para que exista registo, essa declaração, prevalecendo então o seu direito sobre os de terceiro, que depois adquira ou registe direitos relativamente aos mesmos bens”.

⁽²¹⁷⁾ Como se pode ler no art. 1229 (3) do *Code Civil* quando as prestações intercambiadas só podiam ter a sua utilidade com a execução completa do contrato devem ser restituídas na íntegra, mas se, porventura, tais prestações foram sendo úteis à medida em que foram sendo reciprocamente executadas, a restituição só deve ter lugar a partir da última prestação que se quedou sem contrapartida (“Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l’exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l’intégralité de ce qu’elles se sont procuré l’une à l’autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l’exécution réciproque du contrat, il n’y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n’ayant pas reçu sa contrepartie; dans ces cas, la résolution est qualifiée de résiliation”).

pretensa “exceção” podem, no fundo, ser explicitações, corolários, do mesmo funcionamento da resolução⁽²¹⁸⁾.

Como refere PIETRO TRIMARCHI⁽²¹⁹⁾, os contratos de execução continuada ou periódica são aqueles em que ao menos uma das prestações é continuada ou periódica e satisfaz, à medida que vai sendo realizada, o interesse da contraparte; a essa prestação pode corresponder ou uma contraprestação proporcional igualmente continuada ou periódica, ou uma quota proporcional de uma contraprestação divisível⁽²²⁰⁾. É o caso, por exemplo, de contratos de locação, de prestação de serviços de vigilância e manutenção de equipamento, de fornecimento. Nestes contratos é possível autonomizar uma fase em que o contrato “funcionou”, isto é, em que a operação económica visada pelo contrato se realizou plenamente (ainda que limitada no tempo), satisfazendo os interesses das partes, fase que não deve ser posta em causa pela resolução⁽²²¹⁾.

Alguma doutrina italiana tem destacado que ainda aqui se pode falar de uma certa retroatividade da resolução, só que esta só opera “em relação aos “pares” de prestações que não foram executadas”^(222/223/224/225).

(218) Para DIOGO COSTA GONÇALVES/RUI SOARES PEREIRA, *ob. cit.*, p. 459, o disposto no art. 434.º, n.º 2, não representa uma verdadeira exceção à eficácia retroativa da resolução, mas “sim ao alcance da retroatividade no que tange às prestações já efetuadas e ao dever de restituição, atendendo à estrutura especial deste tipo de contrato”.

(219) *Ob. cit.*, p. 75. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *ob. cit.*, anotação ao art. 434.º, p. 411, dão outros exemplos: o contrato de sociedade e o contrato de trabalho.

(220) Porventura mais restritiva é a posição de MICHELE TAMPONI, *La Risoluzione per Inadempimento*, in I Contratti in Generali, dir. por Enrico Gabrielli, UTET, Torino, 1999, Tomo II, p. 1477, ss., p. 1524: “Não podem considerar-se abrangidos pelo art. 1458 c.c. os contratos em que a uma prestação continuada ou periódica de uma das partes se contraponha uma prestação instantânea da outra; devem, ao invés, considerar-se abrangidos, os contratos em que a uma prestação continuada se contraponha uma outra periódica, porque em tal caso a corresponsabilidade reflete-se sobre todas as prestações pelas quais o contrato foi executado”.

(221) ANGELO BELFIORE, *ob. cit.*, pp. 1329-1330: “Tal disposição [refere-se ao art. 1458(1) equivalente ao nosso art. 435.º n.º 2] aplica-se nos casos em que a autonomização de uma fase da relação, completamente executada por ambos os contraentes, é compatível com a lógica global (“complexiva”) da operação económica no seu conjunto tal como consta do contrato”.

(222) ANDREA MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Jovene Editore, Napoli, 2013, p. 79.

(223) Alguns autores falam aqui de uma variante de resolução parcial. Cf. MICHELE TAMPONI, *ob. cit.*, p. 1524. Não desenvolveremos neste estudo a temática da resolução parcial, sendo que para uma parte da doutrina portuguesa a mesma não seria admissível traduzindo-se em uma modificação unilateral do conteúdo do contrato (cf., por exemplo, MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 929; DANIELA FARTO BAPTISTA, *Anotação ao art. 432.º, Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, coord. por José Brandão Proença, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 135). Mas um segmento da nossa doutrina admite-a em certas situações — veja-se, por exemplo, JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6.ª ed.

Num dos estudos mais interessantes que nos foi dado ler sobre este tema, um autor belga⁽²²⁶⁾, mostra-se muito crítico sobre a distinção entre os contratos de execução instantânea e os de execução continuada ou periódica, para concluir que “a situação que incita a rejeitar a aplicação de uma retroatividade integral é aquela em que o contrato conheceu, primeiro, um período fausto, em que foi executado normalmente”, acrescentando que “a resolução é a sanção do incumprimento: deve hesitar-se em destruir o que foi corretamente prestado” e “deve dar-se prioridade à sobrevivência, mesmo que só parcial do contrato”⁽²²⁷⁾, o que corresponderá em regra à

revista e ampliada, Almedina, Coimbra, 2015, p. 126: “Mas se a obra resulta na realização ou intervenção em várias coisas independentes entre si, e o defeito que importa uma inadequação à finalidade apenas atinge algumas dessas coisas, deve admitir-se uma resolução parcial do contrato, restrita às coisas afectadas”. Destaque-se que para boa parte da doutrina italiana há situações em que não parece haver obstáculo à resolução parcial. UGO CARNEVALI, *Gli Effetti della Risoluzione*, in II Contratto in Generale, Tomo VIII, La Risoluzione, Trattato di Diritto Privato, dir. por Mario Bessone, Vol. XIII, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 189, ss., pp. 214-215, defende que a resolução parcial do contrato é de admitir desde que estejam reunidas as seguintes três condições: 1) o objeto das prestações contratuais deve ser composto de uma pluralidade de bens cada um com a sua própria individualidade económico-funcional que consinta a sua utilização separada (pense-se na venda de três veículos) ou de uma quantidade de coisas fungíveis ou de uma pluralidade de serviços distintos (por exemplo, o fornecimento de três distintos programas de software para três filiais de uma sociedade; 2) deve ter sido acordado para cada um dos bens um corresponsivo específico e não um corresponsivo global para toda a prestação contratual ou (tratando-se de uma quantidade de coisas fungíveis) deve ter sido acordado um corresponsivo em razão de unidade de medida; 3) a vontade das partes (e o seu interesse) não deve ter considerado incidível a prestação contratual complexa.

⁽²²⁴⁾ Para UGO CARNEVALI, *ob. cit.*, 205-206, os casos em que se aplica a irretroatividade [melhor, segundo o autor, a retroatividade limitada] são aqueles em que a execução do contrato se faz por “parelhas” [“copie”] de prestações que vão sendo executadas *pari passu* de modo a realizar constantemente o equilíbrio sinalagmático entre prestação e contraprestação, de tal modo que podem ser jurídica e economicamente separadas das “parelhas” anteriores e das posteriores. Todavia, o autor acaba por criticar quem sustenta que o art. 1458(1) é inaplicável aos contratos com prestação única, mas de execução fracionada, dada a unicidade da prestação. Para CARNEVALI trata-se de uma posição excessivamente rígida e que não atende ao interesse do credor. “A valoração quanto à resolução deve ser feita, caso a caso, atendendo ao interesse do contraente que deve receber a prestação única, ainda que fracionada” (*ob. cit.*, p. 207). Em sentido diverso, entre nós, PAULO MOTA PINTO, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de outubro de 2010*, processo n.º 1285/07, RLJ n.º 3968, p. 315, ss., pp. 318-319: “a exceção à retroactividade da resolução prevista no art. 434.º, n.º 2 do Código Civil não diz respeito às obrigações com prestação fraccionada ou repartida, como a obrigação do comprador na venda a prestações, mas apenas às obrigações duradouras de execução continuada ou periódica”.

⁽²²⁵⁾ GIOVANNI GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1974, Parte II, p. 725, ss., p. 734: “O remédio resolutório opera, portanto, nos contratos duradouros não *ex nunc*, mas retroagindo ao momento em que se verificou o incumprimento perturbador do sinalagma contratual”.

⁽²²⁶⁾ MARCEL FONTAINE, *La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive*, Revue Critique de Jurisprudence Belge, Ano 44, 1990, p. 382, ss.

⁽²²⁷⁾ *Aut. e ob. cit.*, p. 398.

vontade das partes. Mesmo sem compartilhar a tese de que a resolução do contrato tenha natureza de sanção, parece que a retroatividade mais intensa não corresponderia, neste caso, à própria finalidade da resolução (ver art. 434.º n.º 1 parte final). Mas, para tanto, não é suficiente que o contrato tenha sido corretamente executado durante um certo período de tempo, mas, como o autor refere, é ainda necessário que essa fase de execução tenha satisfeito os interesses das partes, mormente do resolvente: “[a] resolução é retroativa, é pronunciada para ter efeitos desde a data da conclusão do contrato, sempre que o incumprimento afete economia do conjunto da convenção; a resolução será limitada e só produzirá efeitos a partir da data em que se constata a existência de incumprimentos graves, quando estes não põem em causa a utilidade recíproca do que foi anteriormente prestado em benefício comum”⁽²²⁸⁾ (“presté à la satisfaction commune”)⁽²²⁹⁾.

10. Frutos, valor de uso, benfeitorias

Uma das matérias mais controvertidas relativamente aos efeitos da resolução por incumprimento é a que diz respeito aos frutos (naturais e civis, isto é, os juros), ao valor do uso e às despesas suportada com a coisa pelo obrigado à restituição, ou seja, as benfeitorias. Antes de analisar as soluções do nosso Código Civil — que nesta matéria se distanciam em

⁽²²⁸⁾ Aut. e ob. cit., p. 399. O autor acrescenta: “Não é suficiente para que a resolução não tenha eficácia retroativa [total] que o contrato tenha conhecido uma fase de execução correta. É também necessário que essa fase tenha sido satisfatória. Por vezes, o contrato forma um todo indivisível, de tal modo que o incumprimento de uma parte das obrigações afeta necessariamente o conjunto. A convenção só satisfaz o seu escopo se tiver sido executada corretamente do princípio ao fim. É o que se passa com a construção de uma obra [uma empreitada]: mesmo que o rés-do-chão de um edifício esteja bem construído ele não constitui em si mesmo uma prestação satisfatória. A autoescola que interrompe após algumas aulas, a série de aulas que deveria permitir ao aluno obter a licença de condução, não forneceu uma execução parcial correta, mas faltou por completo às suas obrigações”. Noutras hipóteses uma série de prestações cabem no âmbito da execução de um único contrato, mas as prestações são perfeitamente separáveis: pense-se em um contrato de fornecimento periódico de uma certa quantidade de matérias-primas.

⁽²²⁹⁾ *De iure condendo*, parece-nos mais feliz do que a solução consagrada no nosso art. 434.º n.º 2, aquela que consta agora, após a Reforma de 2016, do art. 1229 (3) do Code Civil francês: “Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l’exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l’intégralité de ce qu’elles se sont procuré l’une à l’autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l’exécution réciproque du contrat, il n’y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n’ayant pas reçu sa contrepartie; dans ces cas, la résolution est qualifiée de résiliation”.

alguma medida, mais uma vez, das soluções acolhidas por legislações mais recentes como a alemã e a francesa (nas versões resultantes das respectivas reformas legislativas) —, convirá fazer uma referência, ainda que muito breve, à polémica doutrinal a este propósito. Como destaca ELENA BARGELLI⁽²³⁰⁾, em matéria de restituição dos frutos e do valor do uso encontram-se as soluções mais variadas na doutrina que vão desde a irretroatividade⁽²³¹⁾ até à restituição integral dos mesmos.

Para alguns autores, tendo a resolução eficácia retroativa resultaria daqui, quase linearmente, a obrigação de restituir os frutos (e, porventura, também o valor de uso) e outras utilidades. Assim DALMARTELLO afirmava que “[s]e o efeito real produzido pelo contrato consistia na transmissão da propriedade, a transmissão [com a resolução] cai e revive a propriedade do alienante, como se nunca tivesse deixado de ser o proprietário, com uma óbvia consequência no que respeita aos frutos e às utilidades em geral (acessórios e similares) que a coisa tivesse *medio tempore* produzido e que são atribuídas ao alienante (o que fará surgir uma obrigação de restituição ou de indemnização a cargo do adquirente no caso em que ele tenha perce-

⁽²³⁰⁾ *Ob. cit.*, p. 399. A autora acrescenta, *ob. cit.*, p. 400, que “a dificuldade em formular uma regra geral em matéria de restituição dos frutos reside na impossibilidade em transpor neste campo *sic et simpliciter* a linearidade da norma que, pressupondo a equivalência entre o dado e o recebido, impõe a restituição da prestação principal. Também a combinação com o ressarcimento do dano — que na resolução por incumprimento pode concorrer com as obrigações de restituição — é, para os frutos, mais complexa e delicada [“articulada”] do que o que ocorre com a prestação principal”. A referência à reparação do dano explica-se porque, para a autora, *ob. cit.*, pp. 410-411, caso se entenda que o contraente que resolve o contrato pelo incumprimento do outro tem direito a ser indemnizado pelo interesse contratual negativo, então a repetição da prestação principal e dos seus frutos desde o início é perfeitamente compatível com a indemnização desse interesse negativo. Trata-se de colocar o contraente fiel que resolve o contrato numa posição tanto quanto possível similar àquela em que ele se encontraria se o contrato não tivesse sido celebrado (assim por exemplo, indemnizando-o das despesas que fez com a celebração do contrato e com a execução da sua prestação). Nesta situação é coerente que ele tenha direito aos frutos e juros que poderia receber se o bem tivesse permanecido na sua disponibilidade. Neste caso também o contraente incumpridor teria direito à restituição dos frutos da sua prestação. Mas se se considerar que a o contraente que resolve o contrato tem direito a uma indemnização calculada em função do seu interesse positivo, pode questionar-se se lhe deveria ser permitido obter o valor dos frutos da sua própria prestação. Efetivamente se o que se pretende é colocá-lo na situação em que se encontraria se o contrato tivesse sido pontualmente, corretamente, cumprido, ele teria direito à restituição do que prestou (valor que deve ser tido em conta para se calcular o seu dano, mormente o seu lucro cessante), mas parece ilógico atribuir-lhe o lucro que retiraria do contrato e, além disso, o valor de uso [ou os frutos] do bem de que não disporia naquele período para executar o contrato.

⁽²³¹⁾ BOYER, *ob. cit.*, p. 36: “A regra geral que atribui à resolução um efeito absoluto sobre o conjunto do contrato sofre várias derrogações fundadas na equidade e na utilidade prática. A primeira respeita aos atos de administração realizados entre a conclusão do contrato e a sua resolução (...) as mesmas razões de utilidade prática levam a admitir em geral que a restituição não compreende os frutos produzidos pela coisa até à resolução. Mas esta opinião é ainda muito contestada”.

bido tais frutos ou realizado essas utilidades)”^(232/233/234). Entre nós posição similar parece ter sido a defendida por VAZ SERRA⁽²³⁵⁾.

Outros ainda sustentam que a restituição dos frutos e de outras utilidades deve seguir a sorte das prestações principais. Deste modo, BELFIORE afirma que “[o] problema da restituição dos frutos e dos juros relativos à fase de execução da relação é um problema que na ótica da conservação do incremento patrimonial consagrado no contrato a favor do autor da resolução, logicamente só tolera uma solução: os frutos e os juros, enquanto valores conexos com o valor de uso das prestações intercambiadas consideram-se definitivamente adquiridos no património de ambos os contraentes, na mesma maneira como será considerado definitivamente adquirido o valor capital das prestações”⁽²³⁶⁾.

Sublinhe-se que para outro segmento da doutrina, o problema da restituição dos frutos situa-se, em rigor, “fora” do âmbito da restituição⁽²³⁷⁾. Tal é sustentado, desde logo, por quem considera que a restituição opera segundo a imagem de um fluxo seguido de refluxo⁽²³⁸⁾ ou que, como

⁽²³²⁾ DALMARTELLO, *ob. cit.*, p. 145.

⁽²³³⁾ ANGELO LUMINOSO, *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento*, Giurisprudenza Commerciale 1990, p. 19, ss., p. 26, defende que a teoria mais “equilibrada” é a que impõe às partes (tanto à que cumpriu, como à que não cumpriu o contrato) a restituição dos frutos e dos juros a partir do momento da entrega da prestação. É “a mais coerente com a função da restituição dirigida a remover a alteração patrimonial (qualitativa e quantitativa) programada pelo contrato”.

⁽²³⁴⁾ Boa parte da jurisprudência italiana segundo refere MICHELE TAMPONI, *ob. cit.*, p. 1527, n. 106, (menciona Cassazione, 20 de outubro de 1997, n. 10256; no mesmo sentido Cassazione, 12 de março de 1997, n. 2209) tem também decidido que devem ser restituídos os frutos, naturais e civis, desde o dia em que se teve a disponibilidade da coisa e se a outra parte o tiver pedido deve ser pago o equivalente pecuniário do uso e do gozo do bem no intervalo entre a data da entrega e a data da restituição.

⁽²³⁵⁾ VAZ SERRA, *ob. cit.*, pp. 221-222: 221-222: “Resolvido o contrato, devendo as coisas ser restituídas ao estado anterior ao mesmo contrato, devem naturalmente ser devolvidos os frutos percebidos e existentes. Devem também ser devolvidos os frutos não percebidos por negligência, se a parte, que deixou de perceber os frutos, devia contar com o exercício do direito de resolução”.

⁽²³⁶⁾ ANGELO BELFIORE, *Risoluzione per Inadempimento e Obbligazioni Restitutorie*, in Scritti in onore di Giuseppe Auletta, II, Milano, 1988, p. 245, ss., pp. 278-279.

⁽²³⁷⁾ GENICON, *ob. cit.*, p. 693: “A utilidade que o bem proporcionou ao devedor da restituição no intervalo, tal como os frutos que este percebeu, não respeitam à questão das restituições, simplesmente porque estão fora, para além, dos efeitos da resolução”. Para CLAUDIO TRANQUILLO, *Risoluzione per Inadempimento e Funzione delle Restituzioni*, Europa e Diritto Privato 2015, n.º 4, p. 813, ss., pp. 853-854, trata-se, antes, de um problema a avaliar da perspetiva do enriquecimento sem causa: “o problema consiste em avaliar em que medida o *solvens* deve ser compensado pela riqueza produzida pelo *accipiens*, empregando a prestação realizada pelo primeiro, sem dissuadir as partes que confiam em que o negócio terá bom fim, de tirar o melhor proveito dos bens recebidos em execução do contrato”.

⁽²³⁸⁾ GENICON, *ob. cit.*, p. 672: “Cada parte deve restituir a exata prestação contratual que recebeu. Tal permite circunscrever a extensão do objeto da obrigação de restituição a cargo de cada um dos contraentes: o credor da obrigação de restituir não deve receber nem mais nem menos do que aquilo

afirma CASTRONOVO, “o efeito retroativo significa que a titularidade original dos direitos objeto do contrato revive, mas não resolve o problema do gozo eventualmente realizado pela parte que recebeu uma prestação, a qual, em seguida à resolução, passa a ser indevida”⁽²³⁹⁾, problema para cuja solução não se poderia deixar de atender à boa fé de quem recebeu a prestação (boa fé que se traduziria no desconhecimento da obrigação de restituir).

Além da questão de saber a partir de que momento é que há que restituir os frutos, discute-se, igualmente⁽²⁴⁰⁾, quais os frutos a restituir: apenas os efetivamente percebidos pelo *accipiens* ou, também, os frutos que poderiam ter sido percebidos, agindo com normal diligência? Neste aspeto, tendemos a concordar com ALESSANDRO D’ADDA quando o autor afirma que quem recebe uma prestação com fundamento em um título válido e eficaz (como sucede na execução de um contrato que depois vem a ser resolvido) pode legitimamente decidir-se a não tirar os frutos dos seus próprios bens. Assim só haveria que restituir os efetivamente frutos percebidos se estes fossem menos do que os que poderiam ter sido percebidos agindo com a diligência normal⁽²⁴¹⁾.

Entende-se, também, geralmente, que as regras aplicáveis aos frutos se devem igualmente aplicar ao uso dos bens.

que prestou”. O princípio da identidade estrita [“*stricte copie*”] do refluxo resolutório e do fluxo contratual conduz o autor a rejeitar que a sorte dos frutos caiba na restituição das prestações, defendendo que haverá que aplicar outras instituições (quase-contratos e responsabilidade civil contratual). “A extensão das restituições deve ser decalcada exatamente sobre a extensão do efeito destrutivo da resolução: só se pode ordenar a restituição do que corresponde a um efeito contratual que foi destruído” (*ob. cit.*, p. 673). Cf., ainda, p. 693: “A utilidade que o bem proporcionou ao devedor da restituição no intervalo, tal como os frutos que este percebeu, não respeitam à questão das restituições”. Em sentido oposto, CATHERINE GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, Restitutions et Responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992, p. 443, que defende que a restituição compreende os frutos da coisa ou o valor destes, desde a entrega da coisa e independentemente da boa ou da má fé do obrigado à restituição.

⁽²³⁹⁾ CASTRONOVO, *ob. cit.*, p. 813.

⁽²⁴⁰⁾ ALESSANDRO D’ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, Rivista di Diritto Civile 2000, Parte II, p. 529, ss. Sublinhe-se que para D’ADDA (*ob. cit.*, p. 559) a tese que sustenta que a obrigação de restituição dos acessórios existe a partir do momento em que a prestação é executada é a mais coerente com a natureza retroativa dos efeitos da sentença que se pronuncia pela resolução, e com a própria lógica repristinatória que conduz a que ambas as partes sejam reintegradas na situação anterior à execução de prestações que depois ficaram desprovidas de causa, o que abrange o valor de gozo das prestações.

⁽²⁴¹⁾ Aut. e *ob. cit.*, p. 564. O autor afasta-se assim da tese de LUMINOSO para quem deve ser sempre objeto de restituição o valor objetivo de gozo dos bens, representado pelo valor dos frutos percipendos com a normal diligência por parte do *accipiens*. Para LUMINOSO, *ob. cit.*, p. 29, cada uma das partes deveria ter que restituir o valor objetivo de gozo da coisa-mãe, a partir do momento em que a recebeu até ao momento do pedido de resolução. Ocorrida a resolução, judicial ou extrajudicial, o *accipiens* teria a obrigação de restituir não só os frutos percebidos, mas os que poderia colher e (se superior) o equivalente dos frutos e utilidades perdidos pelo *solvens*.

Importa reconhecer que a lei francesa, após a reforma de 2016 — e contrariamente à jurisprudência dominante da *Cassation* até esse momento⁽²⁴²⁾ — impõe a obrigação de restituição dos frutos e do valor de uso da coisa⁽²⁴³⁾ e também a lei alemã impõe ao devedor da restituição a restituição dos frutos, inclusive os que teria podido perceber, bem como a restituição do valor de uso da coisa [§ 346(1) BGB: “die gezogenen Nutzungen herauszugeben”].

Entre nós, a remissão operada quanto aos efeitos da resolução pelo art. 433.º, com a ressalva dos artigos seguintes, implica, por força do disposto no art. 289.º n.º 3, a aplicação das regras previstas nos arts. 1269.º e seguintes em relação ao possuidor. Deste modo, o legislador português optou, através desta “dupla remissão” por aplicar as regras sobre a posse, regime que noutros ordenamentos é tido por inadequado^(244/245) em sede de resolução do contrato.

De acordo com os arts. 1270.º e 1271.º há, pois, que distinguir consoante o obrigado à restituição esteja de boa ou de má fé⁽²⁴⁶⁾. No primeiro

(242) Segundo informa THOMAS GENICON, *Les conséquences de la résolution pour inexécution: la question de l'indemnité d'usage de la chose restituée*, Revue de Droit des Contrats 2008, p. 255, ss., p. 256, a Cour de Cassation entendia que no caso de resolução de uma compra e venda o comprador não tinha que restituir o valor do uso da coisa. Num caso decidido em 19 de dezembro de 2007 houve um hiato de 11 anos entre a venda de um imóvel (em 1990) e a sua restituição na sequência da resolução (em 2001) e durante esse período os compradores tinham vivido no prédio (durante um segmento temporal) e dado o mesmo de arrendamento (noutro período).

(243) Art. 1352-3 Code Civil: “La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée. La valeur de la jouissance est évaluée par le juge au jour où il se prononce. Sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s’ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l’état de la chose au jour du paiement de l’obligation”. No entanto, acaba-se por atender, na lei francesa, à boa ou má fé do *accipiens*, como decorre do art. 1352-7 que impõe ao devedor de má fé a restituição dos frutos percebidos e do valor de gozo da coisa desde a data da prestação, ao contrário do devedor de boa fé que só terá que restituir a partir do dia do pedido de resolução (“Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu’il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu’à compter du jour de la demande”). Recentemente a Cour de cassation francesa, na hipótese da anulação de uma compra e venda em razão do dolo do vendedor decidiu que o vendedor tem direito, ainda assim, a título de restituição ao valor de gozo da coisa que foi entregue ao comprador, mas, por outro lado, este estando de boa fé apenas tem de restituir esse valor a partir do dia da propositura da ação (um comentário crítico pode encontrar-se em SOPHIE PELLET, *Des mystérieux liens entre restitutions et responsabilité*, Revue des Contrats 2025, p. 21, ss).

(244) Refira-se, no entanto, que no passado no ordenamento alemão o BGH invocou as regras da posse: cf. BGH 14-07-1995, JZ 1996, 151-153 e JuS 1996, 169-170.

(245) MARIE MALAURIE, *Les Restitutions en Droit Civil*, Éditions Cujas, Paris, 1991, pp. 34-35, considera que as regras sobre a posse, mormente quanto aos frutos, são inapropriadas para reger as restituições consecutivas a uma nulidade ou a uma resolução porque não têm em conta a reciprocidade das obrigações de restituição.

(246) Na doutrina francesa posterior à Reforma veja-se JEAN-BAPTISTE SEUBE, *Le juge et les res-*

caso, o devedor da restituição, estando de boa fé “faz seus os frutos naturais percebidos”, sendo que, de acordo com a letra do preceito que terá de ser interpretada de modo que tenha em conta a especificidade desta situação de resolução, como veremos, terá direito aos frutos “até ao dia em que souber que está a lesar com a sua posse o direito de outrem” e “os frutos civis correspondentes ao mesmo período” (n.º 1 do art. 1270.º). Já o devedor da restituição que esteja de má fé “deve restituir os frutos que a coisa produziu até ao termo da posse e responde, além disso, pelo valor daqueles que um proprietário diligente poderia ter obtido” (art. 1271.º do Código Civil).

GERICON, por exemplo, rejeita a aplicação das regras sobre a posse, particularmente porque “as diferenças de regime que ela introduz entre possuidor de boa fé e possuidor de má fé são mal adaptadas nesta sede” e seria necessário, nas suas palavras, “deformar” o conceito de má fé utilizado no âmbito da posse⁽²⁴⁷⁾. Ora, importa reconhecer que os conceitos de boa fé na repetição do indevido e na posse têm, com efeito, de ser adaptados neste contexto.

Na repetição do indevido o *accipiens* está de boa fé quando acredita que a prestação lhe era devida (ou, pelo menos, não tem razões para suspeitar que a mesma não lhe era devida, carecia de causa justificativa). Na posse a boa fé existe se o possuidor não souber que a sua posse está a lesar o direito de outrem. Mas aqui, na hipótese de resolução do contrato, temos alguém que recebeu uma prestação que lhe era devida por força de um contrato perfeitamente válido e eficaz⁽²⁴⁸⁾.

Um segmento da doutrina italiana defende que o juízo sobre a boa ou má fé do *accipiens* seria função da sua posição relativamente ao evento que esteve na origem da resolução. Para LUIGI MOSCO, o incumpridor deve ser considerado de má fé pelo facto de que ele sabe não ter cumprido ou

titutions, Revue des Contrats 2016, n.º 2, p. 411, ss., p. 414, que precisamente se interroga se a boa fé deve apreciar-se tendo em conta a ignorância ou conhecimento do vício que os contraentes tinham no momento da celebração do contrato (sendo certo que na resolução de um contrato válido não há qualquer vício originário) ou se, em alternativa, poderia pensar-se que o contraente que violou os seus deveres contratuais, que pelo seu incumprimento culposo deu causa à resolução ou que fez cessar ilícitamente o contrato é um contraente de má fé para este efeito?

⁽²⁴⁷⁾ GERICON, *ob. cit.*, p. 711.

⁽²⁴⁸⁾ UGO CARNEVALI, *Gli Effetti della Risoluzione*, in *Il Contratto in Generale*, Tomo VIII, La Risoluzione, Trattato di Diritto Privato, dir. por Mario Bessone, Vol. XIII, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 189, ss., p. 193: “A qualificação do *accipiens* como estando de boa ou de má fé, fundamental para determinar o objeto da restituição, não pode ser transportada *sic et simpliciter* para o campo da resolução: no momento da *solutio* existe um título, válido e eficaz (o contrato) que justifica o pagamento, pelo que o *accipiens* deveria, em rigor, ser sempre considerado de boa fé”.

não ter cumprido exatamente^(249/250). Semelhante é a tese segundo a qual defendida por LIBERTINI e MOSCATI⁽²⁵¹⁾, segundo a qual o juízo sobre a boa ou má fé do *accipiens* deve, por analogia, transformar-se no juízo sobre a imputabilidade ao *accipiens* do facto que dá lugar à resolução, com a consequência de que a norma sobre o *accipiens* de má fé se aplicaria às obrigações de restituição a cargo do incumpridor, mas não aos eventuais direitos à restituição que lhe possam caber.

Para CARLO CASTRONOVO deveria equiparar-se à boa fé a ignorância da obrigação de restituir. Destarte, a parte “fiel” ao contrato só poderia considerar-se de “má fé” (mormente para efeitos de frutos e benfeitorias) quando tivesse proposto o pedido judicial de resolução ou declarada extrajudicialmente a resolução⁽²⁵²⁾, ao passo que o contraente incumpridor já poderia contar com a possibilidade de resolução antes disso — imagine-se a hipótese da parte que em uma permuta entrega um bem que sabe ser defeituoso ou o comprador que deixa de pagar o preço.

⁽²⁴⁹⁾ Aut. e *ob. cit.*, p. 279.

⁽²⁵⁰⁾ Cf., também, RODOLFO SACCO, *Il Contratto*, In *Trattato di Diritto Civile Italiano*, dir. por Filippo Vassalli, Vol. VI, Tomo secondo, UTET, Torino, 1975, pp. 944-945: “Se o contrato comportava prestações instantâneas, a resolução opera retroativamente entre as partes, eliminando assim os efeitos da convenção. Seguir-se-á que as prestações já efetuadas serão *sine causa* e darão lugar à repetição do indevido ou a restituições do enriquecimento, ressalvados os eventuais danos. Se tal é verdade, serão aplicáveis as normas que o legislador ditou em sede de repetição do indevido e de enriquecimento. Os frutos e os juros serão devidos do dia do pagamento se o *accipiens* estava de má fé (ou seja, se é o contraente que incumpriu) ou do dia da demanda se estava de boa fé (ou seja, se se trata do contraente fiel)”.

⁽²⁵¹⁾ *Cit apud* ANGELO BELFIORE, *Risoluzione per Inadempimento e Obbligazioni Restitutorie...*, *cit.*, pp. 249-250. BELFIORE, *ob. cit.*, p. 259, critica este entendimento com o argumento de que a noção de má fé como condição psicológica acabaria por ser convertida numa situação de incumprimento imputável (*ob. cit.*, p. 258). CARNEVALI, *ob. cit.*, p. 194, fala de uma equiparação forçada entre a má fé e o incumprimento.

⁽²⁵²⁾ CARLO CASTRONOVO, *ob. cit.*, p. 811: No caso da parte que incumpe o contrato, o conhecimento da obrigação de restituir coincide com o incumprimento ou com um momento anterior, uma situação objetivamente verificável que torna impossível o cumprimento e que o devedor não pode ignorar, ou com a comunicação do seu incumprimento pela outra parte (vícios da coisa denunciados pelo comprador ao vendedor). Para a parte fiel o conhecimento da obrigação de restituição coincide com a proposição da demanda de resolução ou factos equiparados (decorreu o termo essencial, do evento constante de cláusula resolutiva, exercício da cláusula resolutiva expressa). O autor não equipara propriamente incumprimento e má fé, mas defende que existe má fé quando se tem consciência ao menos da possibilidade de vir a ter de restituir o bem (*ob. cit.*, p. 814). Repare-se, todavia, que caso se exija o conhecimento efetivo da existência do dever de restituição, então, como destaca CARNEVALI, *ob. cit.*, p. 194, tal critério, se aplicado com rigor, conduziria a que o momento da proposição da ação de resolução (ou da declaração de resolução) seria o momento relevante para avaliar o estado psicológico de ambos os contraentes. Com efeito, para o contraente que resolve o contrato é apenas no momento em que ele opta pela resolução que ele sabe que deve restituir a prestação que recebeu e para o contraente incumpridor é também só nesse momento — e não no momento do incumprimento — que sabe que o outro escolheu a resolução e com tal escolha suprimiu a *iusta causa retinendi*.

A questão tem também sido debatida na doutrina pátria. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA defende que:

“[o] adquirente da coisa alienada através do contrato resolvido deverá ser considerado como possuidor de boa fé sujeitando-se ao regime do art. 1270.º do Código Civil, até ao momento em que o titular do direito de resolução o atue — e deverá ser considerado possuidor de má fé, sujeitando-se ao regime do art. 1271.º, desde o momento em que o titular do direito de resolução o exerça”⁽²⁵³⁾.

PEDRO ROMANO MARTINEZ⁽²⁵⁴⁾, por seu turno, afirma o seguinte sobre o tema:

“A boa ou má fé da parte obrigada a devolver a prestação tem de ser analisada à luz do art. 1260.º do CC: a posse presumir-se-á de boa fé por se encontrar titulada pelo contrato que será, posteriormente, resolvido (art. 1260.º n.º 2 do CC), mas a presunção ilide-se sempre que se demonstre que o contraente sabia que estava a lesar direito da contraparte. Assim, se uma das partes celebra o contrato sabendo, desde logo, que não iria cumprir a sua prestação, viabilizando a resolução pela contraparte, pois pretendia auferir da vantagem do bem recebido, estará de má fé. Mas o afastamento da presunção de boa fé não se verifica só nestas situações limite, pois a atuação culposa de uma parte que, desse modo, viabiliza a resolução pela contraparte poderá igualmente permitir que, com facilidade, se conclua que aquele contraente atuou de má fé”.

Tendemos a concordar com este autor. Havendo uma resolução por incumprimento em que existe uma parte “fiel” ao contrato e um incumpridor afigura-se-nos que a posição das partes não é simétrica e que tal assimetria tem de ser levada em linha de conta para decidir quem deve ser tratado para efeitos de frutos e benfeitorias de modo equivalente a um possuidor de boa fé e quem deve ser, ao invés, tratado como um possuidor de má fé. O contraente “fiel” que resolve o contrato em razão do incumprimento alheio deve, na nossa opinião, ser tratado como o possuidor de boa fé, até ao momento em que opte por resolver o contrato, momento em que não pode ignorar a obrigação que passa a existir de restituir a coisa que recebeu. Antes desse momento e mesmo que, por exemplo, já se tenha apercebido do defeito da coisa que lhe foi vendida, a resolução é apenas uma faculdade que pode ou não vir a exercer. Já quanto ao contraente incumpridor haverá que atender ao momento em que em razão do seu incumprimento pode contar com a possibilidade de o contrato vir a ser resolvido — por exemplo, o momento em que deixou de pagar o preço (na hipótese de resolução de uma compra e venda por falta de pagamento do

⁽²⁵³⁾ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 886.

⁽²⁵⁴⁾ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato...*, *cit.*, p. 188.

preço) ou o momento em que entregou uma coisa cujo defeito essencial conhecia ou não podia deixar razoavelmente de conhecer.

Sublinhe-se que a lei distingue os encargos com a coisa (art. 1272.^o) e as benfeitorias (art. 1273.^o). Os encargos serão repartidos em função da atribuição dos frutos (“na medida do direito de cada um deles sobre os frutos no período a que respeitam os encargos”). Pode questionar-se se não deverá também ser essa a regra aplicável aos encargos necessários para o uso da coisa⁽²⁵⁵⁾.

11. O eventual concurso entre resolução e reparação do dano

Porventura uma das questões mais debatidas⁽²⁵⁶⁾ é a que respeita não propriamente aos efeitos da resolução, mas à indemnização que pode ser pedida conjuntamente com a resolução por incumprimento. Se é hoje pacífico — mesmo na Alemanha — que os dois “remédios” podem ser cumulados, persiste um aceso debate entre a interação entre eles e a medida do dano que deve ser reparado.

Antes de mais, queremos deixar bem claro que esta não é, em rigor, uma das questões que são objeto deste estudo, o qual se circunscreve aos efeitos da resolução por incumprimento. A resolução e a reparação do dano são remédios distintos⁽²⁵⁷⁾ que podem cumular-se e que podem ter o mesmo

(255) A questão já se colocou em França com as despesas não com uma coisa, mas com um animal. A Cour de cassation francesa considera, em regra, que quando a venda é resolvida o vendedor deve proceder ao reembolso das despesas necessárias ou úteis para a conservação do bem. Em um acórdão de 19 de fevereiro de 2014 tratou-se da resolução de uma compra e venda de um cavalo que não tinha as qualidades requeridas (e asseguradas pelo vendedor) para a competição. Todavia, o cavalo tinha podido ser utilizado quer para reprodução, quer para adestramento pela filha do comprador. Neste caso, e como o animal tinha podido ser utilizado pelo comprador, o Tribunal entendeu que as despesas com manutenção do mesmo deviam ficar por conta do comprador que não teve direito ao reembolso das mesmas. Sobre este caso cf. HUGO BARBIER, *L'étendue des restitutions consécutives à la résolution du contrat*, Revue trimestrielle de droit civil 2014, p. 363, ss., autor que, aliás, critica desfavoravelmente a solução.

(256) Para FABRIZIO PIRAINO, *Danno da Risoluzione*, in *Le Parole del Diritto*, Scritti in Onore di Carlo Castronovo, Jovene Editore, 2018, Tomo I, p. 467, ss., p. 467, é mesmo “uma das questões mais controvertidas do direito das obrigações e dos contratos”.

(257) Pensamos que assiste toda a razão a ANGELO LUMINOSO, *Della Risoluzione per Inadempimento*, *ob. cit.*, p. 18, quando sublinha que é “necessário distinguir resolução do contrato, por um lado, e ressarcimento do dano, por outro, constituindo eles medidas de tutela com pressupostos, finalidades substanciais e efeitos formais nitidamente diferentes”. Cf., também, p. 185: “resolução e ressarcimento constituem duas técnicas distintas de tutela face à não atuação do intercâmbio”. Repare-se, contudo, que o autor destaca que os dois mecanismos de tutela reagem a um incumprimento do contrato e podem integrar-se, combinando os seus efeitos de modo a conseguir uma tutela adequada do contraente fiel (*ob. cit.*, p. 216).

fundamento, o incumprimento do contrato — embora também aqui se deva ter presente que a resolução pressupõe um incumprimento grave, mas não necessariamente culposos, e a indemnização por seu turno, não só supõe um dano e, em regra, a culpa do responsável (ainda que tal culpa se presuma na responsabilidade contratual), como poderá ocorrer mesmo face a incumprimentos que embora danosos não são tão graves que justifiquem a resolução. Em suma, ainda que possa haver, no caso concreto, um concurso entre estes dois remédios, eles não se confundem, embora possam interagir^(258/259).

Com efeito, e por exemplo, a restituição das prestações realizadas em execução do contrato que acaba por ser resolvido, caso tenha lugar, é suscetível de ter repercussões sobre o dano a indemnizar. Na realidade, e ainda que a restituição, como já atrás referimos não seja em rigor uma reparação do dano, ela tem um impacto sobre a extensão do dano a indemnizar, já que a aferição do dano se situa a jusante das operações de restituição⁽²⁶⁰⁾. Do mesmo modo, se chegarmos à conclusão de que uma das par-

Na doutrina alemã cf., por todos, FLORIAN FAUST, Anmerkung BGH Urteil v. 28.11.2007, Juristenzeitung 2008, n.º 9, p. 471, ss., que afirma que resolução e ressarcimento do dano têm escopos essencialmente diversos. O autor considera que a resolução do contrato visa colocar as partes no essencial na situação em que estavam antes da conclusão do contrato, ao passo que o ressarcimento do dano, a indemnização, visa colocar o credor na situação em que ele estaria se o contrato tivesse sido corretamente cumprido, pelo que estes diferentes escopos entram em conflito quando se cumula resolução e ressarcimento do dano.

⁽²⁵⁸⁾ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...*, cit., p. 1648: “[R]esolução e indemnização constituem dois distintos “remédios”: o primeiro, com origem no sinalagma das prestações, permitindo a restituição do prestado; o segundo, com fins ressarcitórios, conduzindo ao ressarcimento dos prejuízos (sendo que existe, evidentemente, interferência do primeiro no segundo por com o cumprimento das obrigações de restituição ficar reduzido o dano)”.

⁽²⁵⁹⁾ Ac. STJ de 24-01-2017, processo n.º 1725/13.6TVLSB.C1.S1 (PINTO DE ALMEIDA): “(...) II. A resolução e a indemnização constituem, como tem sido reconhecido, remédios distintos, permitindo aquela a restituição do que foi prestado e esta o ressarcimento dos prejuízos; como remédio sinalagmático para o incumprimento do devedor, a resolução não pode pôr em causa outras consequências deste incumprimento, não consumidas por aquele; III. O credor pode, pois, cumular a resolução com a indemnização, devendo esta ser integral, abrangendo todos os danos causados pelo incumprimento contratual; IV. Qualquer vantagem que advenha para o credor, em resultado do não cumprimento, deve ser deduzida na indemnização; não pode constituir uma fonte de enriquecimento do credor”.

⁽²⁶⁰⁾ ASSIM ALESSANDRO GNANI, *Retroattività di effetti della risoluzione e contenuto dell'obbligo restitutorio*, NGCC 2003, I, p. 15, ss., p. 17: “Uma vez que a *machinery* restitutoria tenha operado, ripristinando a inicial composição qualitativa do património de cada uma das partes, pode eventualmente operar a tutela ressarcitória do incumprimento. A relação entre as duas configura-se em um sentido unidirecional: o papel metodologicamente primário cabe ao remédio restitutorio; só sucessivamente, ou seja, quando esteja restabelecida a situação de facto conforme ao direito (*id est*: eliminada qualquer atribuição sine causa) pode surgir [“venire in luce”] o ressarcitório, com uma função precisa: eliminar as perdas patrimoniais que subsistam, após a restituição, e que sejam consequência do incumprimento da contraparte”. No mesmo sentido já se pronunciava LUBOMIR DIKOFF, *Studi sulla risoluzione dei contratti bilaterali secondo l'art. 1165 del C.C. italiano*, Archivio Giuridico Filippo Serafini, Vol. CIII, 1930, p. 3, ss., p. 14: O *prius* lógico é a resolução e o momento posterior a condenação na indemnização.

tes deve, para efeitos por exemplo de frutos, naturais e civis, ser tratada como um possuidor de boa fé, tendo, por conseguinte direito aos frutos percebidos, a outra parte não pode pretender, obviamente, com base na invocação da responsabilidade civil, uma indemnização pela perda de tais frutos, sob pena de a ordem jurídica “dar com uma mão e retirar com a outra”⁽²⁶¹⁾. Há, assim, que atender aos efeitos, mormente restitutórios, da resolução para depois calcular o dano indemnizável⁽²⁶²⁾.

Tradicionalmente o debate centrou-se sobre a alternativa entre a consideração do interesse contratual negativo — e, por conseguinte, calcular o dano tendo como ponto de referência qual seria a situação do contraente lesado se o contrato nunca tivesse sido celebrado⁽²⁶³⁾ — e a do interesse contratual positivo — fazendo-se então, no âmbito da teoria da diferença, o cotejo entre a situação atual (no momento da audiência de discussão e julgamento) do lesado e aquele em que ele se encontraria caso o contrato tivesse sido correta e pontualmente cumprido⁽²⁶⁴⁾. Mas, como veremos, há quem critique a distinção e, sobretudo, quem considere que existe “um dano da resolução” que ficaria, por assim dizer, a meio caminho entre um e outro.

(261) Por outro lado, para PIETRO TRIMARCHI, *Il Contratto: Inadempimento e Rimedi*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 74, os juros e os frutos que o contraente cumpridor não vai ter de restituir podem vir a ser deduzidos no seu dano, para efeitos de responsabilidade civil.

(262) CLAUDIO TRANQUILLO, *ob. cit.*, p. 833: “O ressarcimento garante que a parte fiel ao acordo consiga a vantagem líquida que teria de outro modo conseguido com a execução do contrato, mas tal pressupõe que o património da parte fiel seja reintegrado, do ponto de vista quantitativo, também da prestação que efetuou. Mas então, a retroatividade não é mais que um instrumento finalizado a integrar o completo ressarcimento do dano; ressarcimento que parece possível mesmo quando a retroatividade não está em condições de operar por exemplo pelo perecimento da prestação executada pelo *solvens* (...) o *prius* do qual se deve partir é a situação patrimonial em que a parte fiel ao acordo se encontraria se este último tivesse sido corretamente executado [“regolare esecuzione”]: a diferença relativamente à situação anterior ao contrato representa o dano ressarcível. Desconta-se em tal dano o que tiver sido restituído”.

(263) PIRAINO, *ob. cit.*, p. 483, refere que para a tese do interesse contratual negativo, o dano da resolução é identificado “com as despesas inutilmente realizadas para a conclusão do contrato e para colocar-se em situação de poder cumprir o contrato, ou, mais em geral, com as somas despendidas confiando na execução do contrato a que acrescem os ganhos que não se obtiveram e que poderiam ter sido obtidos de negócios alternativos a que a parte fiel renunciou ao vincular-se ao contrato mais tarde violado e resolvido”.

(264) PIRAINO, *ob. cit.*, p. 477: “A versão mais difundida da tese do dano da resolução parametrizado pelo interesse contratual positivo considera que o ressarcimento deve ser igual: ao valor esperado pela execução exata e correta da prestação; à dimensão das perdas ulteriores, ditas danos consequenciais; menos o valor da prestação não executada pela parte final ou que lhe foi restituída, os custos que poupou, sempre que a parte fiel não tenha executado, no todo ou em parte, a sua própria prestação, as utilidades substitutivas, ou seja, os lucros que a parte fiel eventualmente retirou com outros empregos lucrativos das somas que poupou a partir do momento do incumprimento da contraparte, as perdas evitáveis ex art. 1227(2) c.c., a que deve acrescentar-se as despesas eventualmente ocorridas para preveni-las”.

Antes de mais, sublinhe-se que o interesse contratual negativo nem sempre é inferior ao interesse contratual positivo. Este último, aliás, como interesse de ordem patrimonial pode nem sequer existir até porque o contrato que foi resolvido podia ter por escopo a satisfação de outros interesses que não interesses patrimoniais.

Usando um exemplo de GENICON⁽²⁶⁵⁾, suponha-se que uma associação de benemerência organiza uma conferência de acesso livre e gratuito para sensibilizar a comunidade para os seus escopos: arrenda um espaço, tem despesas de publicidade, contrata seguranças e outro pessoal, envia convites, aluga equipamento de som e imagem, mas o espaço tomado de arrendamento não está disponível no dia combinado. Aqui o dano patrimonial que o contraente “fiel” pretenderá que seja ressarcido consistirá sobretudo nas despesas que fez em antecipação ou preparação da conferência que não se veio a realizar por força do incumprimento do outro. Daí que ao menos nestes casos se deva reconhecer ao contraente “fiel” o direito de optar por uma indemnização pelo interesse contratual negativo. Em Itália este direito de opção é defendido por alguma doutrina^(266/267), ainda que com diferente amplitude^(268/269), embora a doutrina dominante rejeite tal

⁽²⁶⁵⁾ Aut. e *ob. cit.*, p. 725. O autor questiona “como avaliar o interesse positivo quando a vanagem que o contraente fiel procurava obter pela execução do contrato era essencialmente “moral”, “não patrimonial”? Cf., também, RODOLFO SACCO, *Concordanze e Contraddizioni in Tema di Inadempimento Contrattuale (una Veduta d'Insieme)*, Europa e Diritto Privato, 2001, n.º 1, p. 131, ss., p. 140: “O ressarcimento representa a eliminação de uma perda; remete o património do credor na situação em que este último se teria encontrado se o contrato tivesse sido cumprido. Se isto é verdade, muito frequentemente o credor nada pode exigir com este fundamento”. O autor dá vários exemplos: se alguém contrata com outrem o transporte para ver a exibição de um filme, um concerto ou a passagem de um cometa e se o devedor não o transporta como acordado o interesse do credor era sobretudo de natureza estética.

⁽²⁶⁶⁾ PIETRO SIRENA, *ob. cit.*, p. 151: “É objetivamente racional que em alternativa ao dano de primeiro tipo (do incumprimento) a parte fiel ao contrato possa pretender o ressarcimento do dano de segundo tipo (o dano da confiança)”.

⁽²⁶⁷⁾ E também na Alemanha. Cf. ULRICH HUBER, *Schadensersatz statt der Leistung*, Archiv für die civilistische Praxis 210 (2010), p. 319, ss., pp. 344-345. O autor admite que se desse ao credor a opção de escolher a indemnização pelo interesse contratual negativo e refere que essa era a opção da comissão que elaborou o projeto de reforma do direito das obrigações (p. 345, n. 70), embora tal proposta não tenha sido inteiramente acolhida no texto final da reforma (ver o § 284 BGB referido no texto). O credor deveria poder exigir ser colocado na situação em que se encontraria se o contrato não tivesse sido celebrado procurando recuperar despesas que se tornaram inúteis pelo incumprimento do outro, como despesas com o próprio contrato ou com a preparação e execução da própria prestação. Trata-se de custos que normalmente são condição para obtenção de um lucro, pelo que havendo um lucro cessante serão abrangidos pelo interesse contratual positivo. Mas não o são se o negócio fosse em todo o caso e mesmo que tivesse sido cumprido um mau negócio para o credor.

⁽²⁶⁸⁾ Cf., por todos, ANGELO LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento e risarcibilità del danno per le spese fatte per il contratto*, Rivista Giuridica Sarda 2011, p. 113, ss., p. 117. Como o autor refere, um pequeno segmento da doutrina italiana admite esta opção (assim o próprio LUMINOSO e

opção, com o argumento de que a mesma permitiria ao contraente “fiel” “escapar de um mau negócio”⁽²⁷⁰⁾. A Reforma alemã só acolheu parcialmente esta orientação no § 284 do BGB, preceito que consagra apenas uma indemnização parcial do dano de confiança. Assim só consideram indemnizáveis as despesas que tenham sido realizadas para fins não rentáveis/lucrativos, despesas com escopos ideais ou para a vida privada (“privaten Lebensunterhalt oder dem Vergnügen dienen”), e sujeitas ao controlo da equidade. Mesmo assim a inovação parece-nos importante, porque em alguns contratos a principal componente do dano sofrido pelo lesado pode não ser um lucro cessante patrimonial⁽²⁷¹⁾.

A visão da resolução como causa extintiva do contrato parecia apontar, quando não para a rejeição de qualquer indemnização para o resolvente — já que este tinha optado por resolver o contrato em vez de exigir o seu cumprimento — como sucedia no BGB antes da Reforma, pelo menos para uma indemnização calculada pelo interesse contratual negativo. Se o contrato deixava de existir por opção do resolvente, parecia um paradoxo ainda assim consentir-lhe pedir a reparação do dano que resultaria de este não ter sido cumprido e, designadamente, o lucro que esperava obter do contrato⁽²⁷²⁾. Como diz o provérbio inglês, não se pode pretender comer o bolo e ao mesmo tempo guardá-lo...

BIANCA) com relativa amplitude. Outro segmento só o permite quanto às despesas inutilmente efetuadas para celebrar o contrato e quanto às despesas inúteis e não recuperáveis para preparar o cumprimento, quando o interesse positivo não seja facilmente demonstrável ou quando a prestação visava satisfazer interesses não patrimoniais, mas já não quanto às ocasiões de ganho perdidas (assim TRIMARCHI e VILLA). Com efeito, PIETRO TRIMARCHI, *ob. cit.*, p. 103, só parece admitir a opção de modo limitado (“apenas o ressarcimento das despesas razoáveis inutilmente realizadas é economicamente justificável e oportuno, quando o interesse lesado não seja avaliável, ou não seja facilmente avaliável, em dinheiro”).

⁽²⁶⁹⁾ Também em França THOMAS GENICON, *ob. cit.*, p. 741, parece defender que o resolvente deve ter uma opção entre ser indemnizado pelo interesse contratual positivo ou pelo negativo.

⁽²⁷⁰⁾ ANDREA NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, Europa e diritto privato 2012, n.º 3, p. 783, ss., p. 796: Permitir que a parte que resolveu o contrato optasse pelo interesse negativo seria contraditório: a resolução é uma opção. A parte fiel ao contrato se optasse pelo interesse contratual negativo entraria em contradição com a própria avaliação da conveniência do negócio feita no momento da celebração do contrato. BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y Sinalagma Contractual*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2013, p. 237, quem resolve o contrato “não pode optar pelo interesse contratual negativo, nem sequer quando for superior ao interesse contratual positivo, pois a função da responsabilidade civil contratual é de o ressarcir pelos danos causados pelo incumprimento e não libertá-lo dos resultados de um mau negócio”.

⁽²⁷¹⁾ Em todo o caso, sem esquecer, como destaca ANDREA MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Jovene Editore, Napoli, 2013, p. 276, que haverá que verificar se as referidas despesas inutilmente suportadas tendo em vista o contrato foram razoáveis face à operação contratual para a qual foram realizadas e se, e em que medida, tais despesas conservam utilidade fora da operação económica frustrada.

⁽²⁷²⁾ Assim MARIA ROSARIA MARELLA, *Tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento*, Guirispudenza Italiana 1985, Parte I, 1, cols. 369, ss., col. 375, considera em certo sentido

Na realidade, a contradição ou paradoxo são meramente aparentes⁽²⁷³⁾. Ao resolver o contrato por força do incumprimento da contraparte, o resolvente não renuncia ao lucro que esperava retirar dele⁽²⁷⁴⁾. Na sugestiva construção de BELFIORE⁽²⁷⁵⁾, o ordenamento atribui à resolução a tarefa

excessiva (“exorbitante”) a tutela concedida ao indemnizar-se na resolução do contrato o interesse contratual positivo. O contraente fiel acabaria por realizar dois interesses diferentes e mesmo opostos: o interesse em ripristinar a composição qualitativa do seu património que pré-existia à celebração do contrato (e, portanto, o interesse em readquirir a plena disponibilidade da sua própria prestação) e o interesse equivalente àquele que a execução do contrato lhe teria proporcionado “em forma específica”, ou seja, conseguir as vantagens económicas que o intercâmbio de prestações lhe deveria proporcionar (a realização daquela composição quantitativa do património programada através do contrato). Estas consequências transcenderiam a visão da resolução como visando tutelar apenas o equilíbrio sinalagmático entre as prestações, assumindo antes um cariz sancionatório. Sublinhe-se que para a autora, *ob. cit.*, cols. 375-376, o interesse negativo não compreende apenas as despesas processuais com a ação de resolução, mas também as despesas incorridas para celebrar o contrato que acabou por ser resolvido e, porventura, mesmo as despesas adicionais com novas tentativas para celebrar outros contratos se tais despesas forem maiores do que seriam inicialmente (parece-se que se trata do maior custo com tais despesas comparativamente com o que teria sido gasto no momento da celebração do contrato que “falhou”).

⁽²⁷³⁾ FERNANDO PANTALEON, *Resolución por incumplimiento e indemnización*, Anuario de Derecho Civil 1989, Vol. 42, n.º 4, p. 1143, ss., p. 1153: a tese segundo a qual a resolução do contrato, em consequência da sua natureza e efeitos retroativos acarretaria a ineficácia do contrato *ex tunc* e seria por isso mesmo incompatível com a indemnização pelo interesse positivo seria “um argumento de pura lógica formal e construído, além disso, sobre areias movediças, porquanto pressupõe a sua premissa maior — a resolução significa ineficácia do contrato *ex tunc* e com isso o decaimento *ab initio* das obrigações que nele têm a sua fonte — sem a demonstrar”.

⁽²⁷⁴⁾ NICOLUSSI, *ob. cit.*, p. 793: “O dano da resolução consistiria no lucro cessante (“mancato guadagno”) que o cumprimento da prestação teria proporcionado ao contraente fiel em função da inserção da prestação na sua peculiar organização patrimonial, subtraído o custo da própria prestação. Esse lucro cessante corresponde ao interesse positivo de cada uma das partes no contrato e é o que justifica racionalmente o sinalagma em sentido subjetivo, ou seja, a equivalência acordada pelas partes no contrato, em medida que não coincide necessariamente com o sinalagma em sentido objetivo, isto é, calculado com relação aos valores de mercado das prestações corresponsivas. Cada uma das partes adere ao sinalagma em sentido subjetivo, prometendo-se mutuamente obter a prestação a que tem direito e o lucro que desta pode derivar na sua própria esfera subjetiva, subtraído do custo da prestação a seu cargo. É este cálculo custo-benefício que pode conduzir a aceitar um corresponsivo inferior ao valor de mercado. Mas tal interesse positivo, que a parte fiel pode pedir que seja tutelado em forma específica mediante a ação para o cumprimento exato (794), já só pode ser tutelado com um sucedâneo económico, e, portanto, por equivalente, caso opte pela resolução. Se, por conseguinte, a resolução constitui um contra efeito, no sentido de que desvincula as partes das suas recíprocas obrigações, não prejudica o interesse positivo em forma equivalente, não deve eliminar o contrato como instrumento de realização do lucro que a parte fiel procurava realizar e relativamente ao qual conserva o direito ao ressarcimento mesmo depois da resolução. Este aspeto mostra a diferença relativamente ao dano do incumprimento cuja reparação pode ser solicitada na hipótese em que, na falta de resolução, a obrigação da contraparte: enquanto nestes casos o credor tem direito tanto ao equivalente pecuniário da prestação [não executada pelo incumpridor], como ao lucro cessante, a parte fiel que tenha exercido a ação de resolução, renunciando formalmente com esta opção à contraprestação e tornando definitivo o incumprimento, pode pedir apenas o lucro cessante”.

⁽²⁷⁵⁾ ANGELO BELFIORE, *Risoluzione per Inadempimento e Obbligazioni Restitutorie*, in Scritti in onore di Giuseppe Auletta, II, Milano, 1988, p. 245, ss., p. 281. Cf., igualmente, p. 279: Através da

não de cancelar o contrato do mundo do direito, mas de o transformar de tal modo que, eliminado como fonte de uma certa composição qualitativa do património, permanece vivo enquanto mecanismo de legitimação de um incremento patrimonial. E como muito bem realça FERNANDO PANTALEON “[o] contraente que resolve não tem porque querer, nem em regra quererá, que tudo suceda como se o contrato resolvido nunca tivesse sido celebrado, mas apenas limitar o prejuízo que o incumprimento da outra parte lhe poderia causar, recuperando o objeto da prestação já realizada ou conseguindo poder dispor livremente da coisa ainda não prestada”⁽²⁷⁶⁾.

Sublinhe-se, em todo o caso, que este interesse contratual positivo pelo qual se deve aferir o dano sofrido pelo contraente “leal” que resolve o contrato por força do incumprimento do outro não coincide exatamente com o dano indemnizável caso o contraente “leal”, em vez de resolver o contrato, exigisse, por exemplo, o seu cumprimento⁽²⁷⁷⁾ (nos casos em que tal seria ainda possível): há que ter em conta, como atrás já dissemos, o “funcionamento” das restituições: o contraente “fiel” não teve que realizar a sua prestação (ou parte dela) ou recuperou-a e pode conservar, enquanto se pôde considerar como estando em situação equivalente à do possuidor de boa fé, os frutos percebidos e o valor de uso retirado da prestação que vai restituir. E isso mesmo foi, aliás, afirmado por um dos primeiros autores que na doutrina nacional defenderam que a resolução do contrato era compatível com a indemnização pelo interesse contratual positivo, BAPTISTA MACHADO: “a resolução é incompatível com a chamada “grande indemnização”, ou seja, com a indemnização que abranja o valor da própria prestação do devedor que, através da resolução, é “rejeitada””⁽²⁷⁸⁾.

resolução o ordenamento tutela o interesse do contraente fiel na eliminação do aspeto qualitativo da alteração patrimonial originariamente prevista. Mas, ao mesmo tempo, o ordenamento tutela o interesse do contraente fiel em conservar o incremento patrimonial baseado no contrato. A resolução dará nascimento a um novo direito, um direito de crédito pelo diferente valor das posições jurídicas do autor respetivamente adquiridas e perdidas na sequência da resolução.

⁽²⁷⁶⁾ Aut. e ob. cit., p. 1165.

⁽²⁷⁷⁾ E daí que para ANGELO LUMINOSO, *Della Risoluzione per Inadempimento*,..., cit., p. 230, se possa falar de um “dano da resolução”, mas utilizando a expressão com cautela: trata-se ainda de um dano resultante do incumprimento, ainda que “mediatizado” pela resolução e em que a determinação da sua existência e grandeza pressupõe que se tenha em conta o valor da prestação de que o lesado resolvente readquiriu (ou não teve que realizar).

⁽²⁷⁸⁾ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, in *Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, Braga, 1991, p. 125, ss., p. 182. Cf., igualmente pp. 175-176: “O referido direito à indemnização, mesmo nos casos em que o credor opte pela resolução, há-de reportar-se em dados termos ao interesse positivo ou de cumprimento. O que ele não pode abranger, obviamente, é o valor (total) da prestação “rejeitada”, uma vez que o direito do credor a esta cai por força da resolução. Mas já deve abranger os prejuízos sofridos com o incumprimento verificado (lucro cessante, outros

Refira-se, todavia, que em Itália se tem desenvolvido uma tese intermédia cujos partidários, aliás, frequentemente criticam a alternativa interesse contratual negativa/interesse contratual positivo, procurando autonomizar o chamado “dano da resolução”⁽²⁷⁹⁾. A premissa é a de que o incumprimento não extingue a obrigação e, quer se entenda que a resolução faz cessar o contrato ou, antes, altera o seu conteúdo⁽²⁸⁰⁾, a mesma é

danos decorrentes do vício da prestação, da sua inadequada execução, etc.) — na medida em que sejam danos efectivamente decorrentes da prestação incompleta ou inexacta e o credor não os poderia ter evitado optando pelo outro remédio (redução), que não pela (176) resolução”.

⁽²⁷⁹⁾ GIUSEPPE GRISI, *Responsabilità e risoluzione del contratto*, *Le Parole del Diritto*, Scritti in Onore di Carlo Castronovo, Jovene Editore, 2018, Vol. III, p. 1665, ss., [também publicado em Europa e Diritto Privato 2018, n.º 4, p. 1129, ss.] p.1674: O dano do incumprimento e o dano da resolução não se colocam no mesmo plano e este último deveria ser considerado uma categoria autónoma de dano (cf., também p. 1679). Cf., também, CASTRONOVO, *ob. cit.*, pp. 835-836: “Sustentar que o ressarcimento possa reportar-se ao interesse positivo, isto é, ao interesse no cumprimento significa impor ao incumpridor a satisfação desse interesse, que com o pedido de resolução se declara não pretender mais prosseguir. É evidente que o interesse perseguido pelo resolvente não é o do cumprimento, mas sim o da integridade do património. Mas este também não se identifica com o interesse negativo”.

⁽²⁸⁰⁾ Neste sentido cf. BIAGIO GRASSO, *Risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. e “sanzione” del inadempimento*, in *Saggi sull’eccezione d’inadempimento e la risoluzione del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 11, ss. (estudo originariamente publicado na *Rassegna de Diritto Civile* 1990, p. 270, ss.) e do mesmo autor, *Disposizione “novativa” del credito e risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Saggi sull’eccezione d’inadempimento e la risoluzione del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 23, ss. (estudo originariamente publicado na *Rassegna de Diritto Civile* 1985, p. 39, ss.), que defende que quem escolhe a resolução exerce um poder dispositivo-novativo e, em vez do remédio alternativo da execução forçada do próprio crédito contratual, prefere à utilização direta do objeto do seu direito de crédito o seu valor de câmbio e a liberação da obrigação corresponsiva a que estava obrigado. Em conformidade sustenta, no seu estudo *Risoluzione del contratto per inadempimento e tutela risarcitoria*, in *Saggi sull’eccezione d’inadempimento e la risoluzione del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 35, ss., p. 40, que a opção pela resolução implica que o resolvente opta por readquirir a disponibilidade da sua própria prestação (com a possibilidade de a recolocar imediatamente no mercado, porventura em condições mais vantajosas), em vez de exigir o objeto da contraprestação a que tinha direito pelo contrato e o cálculo do dano sofrido pelo resolvente não pode deixar de ter em conta esta sua opção. Para o autor não seria suficiente, como faz a doutrina dominante, afirmar que na determinação do dano contratual segundo o interesse positivo se deveria ter em conta o que o resolvente readquiriu com a resolução, ou seja, a aquisição da plena disponibilidade do bem que constituía a sua própria prestação. Assim, o ressarcimento do dano que pode (mas não tem de) acompanhar a resolução não pode tender à reconstituição do conjunto quantitativo do património que teria resultado do cumprimento do contrato e da aquisição programada do bem devido pelo contraente incumpridor, já que o resolvente optou por trocar a aquisição programada por uma outra que deve considerar-se ao menos equivalente à primeira (*ob. cit.*, p. 46). Mas note-se que o autor admite que, excepcionalmente, a resolução não seja incompatível com a subsistência do interesse creditório primário. Dá como exemplo, a hipótese de um comprador empresário que perante o incumprimento do vendedor/fornecedor resolve o contrato para obter a disponibilidade do preço para tentar conseguir no mercado a mesma mercadoria de modo a não atrasar ou interromper a sua atividade produtiva. Aqui o maior custo em obter no mercado a mesma mercadoria seria um dano que o vendedor que tivesse culpa no incumprimento do contrato deveria ter de indemnizar (*ob. cit.*, p. 54).

sempre uma opção do resolvente⁽²⁸¹⁾. Para GRISI, quem opta por desembaraçar-se de um contrato, não pode pretender ser colocado na mesma situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido. A resolução dá a possibilidade ao contraente fiel de desembaraçar-se, liberar-se do vínculo, recuperando a prestação que já efetuou e de poder, o mais rapidamente possível, dirigir-se ao mercado para satisfazer o interesse que o contrato resolvido não satisfaz e deve partir-se da resolução — e não do incumprimento — para avaliar o prejuízo, o dano indenizável⁽²⁸²⁾. Mas qual seria, então, o dano específico a indenizar na sequência da resolução? Não seria o lucro a obter através da execução do contrato, execução que o contraente rejeitou com a sua opção pela resolução⁽²⁸³⁾, mas o dano que pode resultar de terem, entretanto, piorado as condições de mercado: maiores custos suportados ou a suportar para satisfazer o interesse que o contrato resolvido deveria ter permitido realizar⁽²⁸⁴⁾.

Sem negar, de modo algum, a importância da escolha atribuída ao contraente de optar por exigir o cumprimento do contrato ou, antes, pela sua resolução⁽²⁸⁵⁾, parece-nos que não deve nem exagerar-se o alcance da escolha, nem, sobretudo, esquecer que a mesma é, por assim dizer, uma

(281) GIUSEPPE GRISI, *ob. cit.*, p. 1684: “Se num contrato de prestações corresponsivas face ao incumprimento grave de um dos contraentes, o outro só tivesse a resolução como remédio, seria plausível conceber o ressarcimento *statt der Leistung*, ainda que eventualmente depurado do valor da contraprestação. Mas a resolução é fruto de uma livre escolha do contraente, alternativa à que seria praticável do ressarcimento substitutivo, o que implica a permanência do vínculo de cumprimento da própria prestação”.

(282) GRISI, *ob. cit.*, p. 1688.

(283) No mesmo sentido, embora orientando-se abertamente pelo interesse contratual negativo, ANDREA MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Jovene Editore, Napoli, 2013, pp. 118-119. “O pedido de resolução pela parte fiel representa, vale como [“funge da”] renúncia à prestação a que tinha direito a receber por força do contrato” (p. 119; ver também p. 132). A indemnização pelo interesse positivo seria, assim, um remédio excessivo.

(284) GRISI, *ob. cit.*, p. 1689.

(285) A importância da opção foi historicamente enfatizada por GIUSEPPE OSTI, *La Risoluzione del Contratto per Inadempimento, Fundamento e Principi Generali*, in Scritti Giuridici, Giuffrè Editore, Milano, 1973, p. 401, ss. (na p. 402 informa-se que uma versão provisória deste texto foi publicada em 1922), p. 423: “Importante e significativo é, por um lado, o direito de opção do credor entre resolução e execução, quando esta seja ainda possível, e, por outro lado, a obrigação de ressarcimento do dano que surge a cargo do devedor incumpridor não obstante a resolução do contrato. Esta última particularidade demonstra que a resolução do contrato determinada pelo incumprimento não é plena e completa, mas apenas parcial (de tal modo que só impropriamente se pode chamar de resolução) enquanto deixa subsistir um importante efeito jurídico que tem precisamente a sua causa no contrato e cujo conteúdo não é senão o equivalente da falta de realização específica do interesse assegurado pelo contrato a um dos contraentes (...) o direito de escolha do devedor entre execução e resolução é também significativo ou porventura ainda mais. Este caracteriza o instituto em todas as suas fases históricas e em todas as suas modalidades nas suas diversas possíveis aplicações”.

escolha “forçada”⁽²⁸⁶⁾ pelo incumprimento da outra parte⁽²⁸⁷⁾. A parte inocente, confrontada com a situação de um devedor que não pode ou não quer cumprir, tem de escolher o “menor mal”, sendo que não lhe é exigível continuar a esperar pela execução do contrato, porventura num contexto em que a situação económica do devedor ameaça degradar-se e as condições do mercado podem tornar-se menos favoráveis, mas tal opção não tem o valor de uma renúncia ao lucro que porventura esperava retirar da execução correta e pontual do contrato^(288/289).

⁽²⁸⁶⁾ ADOLFO DI MAJO, *Restituzione e responsabilità nelle obbligazioni*, Rivista Critica del Diritto Privato 1994, ano XII, n.º 3, p. 291, ss., p. 299: quem resolve é constrangido pelo incumprimento alheio a fazê-lo.

⁽²⁸⁷⁾ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...*, cit., p. 1651: “o inadimplemento é imputável ao devedor, que tinha, portanto, na mão a possibilidade de obter a contraprestação”.

⁽²⁸⁸⁾ NICOLUSSI, *ob. cit.*, p. 794: a resolução desvincula as partes das suas recíprocas obrigações, mas não prejudica o interesse positivo em forma equivalente e não deve eliminar o contrato como instrumento de realização do lucro que a parte fiel procurava realizar e relativamente ao qual conserva o direito ao ressarcimento mesmo depois da resolução.

⁽²⁸⁹⁾ A jurisprudência mais recente do STJ tende a admitir que a resolução do contrato possa ser cumulada com uma indemnização pelo interesse contratual positivo. Sirvam de exemplo o Ac. STJ de 24-01-2017, revista n.º 1725/13.6TVLSB.C1.S1 (PINTO DE ALMEIDA), Ac. STJ de 15-02-2018, revista n.º 7461/11.0TBCSC.L1.S1 (TOMÉ GOMES) [que admite que a resolução do contrato pode ser cumulada com a indemnização do interesse contratual positivo, embora afirme que “em caso de resolução, poderá ser ainda assim desatendida a indemnização pelos danos positivos, quando essa revele desequilíbrio grave na relação de liquidação ou se traduza em benefício injustificado para o credor, ponderado, à luz do princípio da boa fé, o concreto contexto dos interesses em jogo, atento o tipo de contrato em causa, sem prejuízo, nessas circunstâncias, do direito a indemnização em sede do interesse contratual negativo nos termos gerais”], Ac. STJ de 17-05-2018, revista n.º 567/11.8TVLSB.L1.S2 (MARIA DA GRAÇA TRIGO), Ac. STJ de 10-12-2020, revista n.º 15940/16.7T8LSB.L1.S1 (NUNO PINTO OLIVEIRA). No passado, a possibilidade de indemnização do interesse contratual positivo na hipótese de resolução por incumprimento já tinha sido admitida, mas com carácter excecional — ver, por exemplo, o Ac. STJ de 08-09-2016, Revista n.º 21769/10.9T2SNT.L1.S1 (LOPES DO REGO): “Embora se venha admitindo que, em determinadas circunstâncias específicas, a indemnização, no caso de resolução de contrato, possa não se circunscrever absolutamente ao perímetro dos danos ligados à violação do interesse contratual negativo (podendo abarcar justificadamente outros danos como forma de obter uma plena tutela do interesse do credor) não é aceitável que, por sistema, a parte que resolve o contrato pretenda obter automaticamente todas as prestações a que teria direito se o contrato resolvido subsistisse intocado na sua eficácia *inter partes* — cabendo-lhe, neste caso, pedir, em primeira linha, indemnização pelo interesse contratual negativo e só excecionalmente e em situações materialmente fundadas lhe sendo possível peticionar uma indemnização complementar”. Sobre o tema na doutrina e na jurisprudência pátrias cf. ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Teoria Geral das Obrigações*, cit., p. 224, ss.