

# RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR INADIMPLEMENTO: PERSPETIVAS DO DIREITO PORTUGUÊS, BRASILEIRO E ALEMÃO

---

*TERMINATION OF CONTRACT: PORTUGUESE, BRAZILIAN AND GERMAN LAW PERSPECTIVE*

**CATARINA MONTEIRO PIRES**

Mestra e Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Assistente convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.  
catarinapires@fd.ul.pt

**Recebido em:** 19.12.2014

**Aprovado em:** 31.12.2014

## ÁREA DO DIREITO: Civil

**RESUMO:** Este artigo pretende examinar alguns problemas da resolução do contrato por inadimplemento definitivo imputável ao devedor, através do estudo comparativo das soluções concebidas no direito civil português, brasileiro e alemão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Resolução – Inadimplemento – Interesse do credor – Restituição – Dano indemnizável.

**ABSTRACT:** This study aims at analysing some selected common problems of termination as a reaction to breach of contract from a comparative perspective, encompassing the Portuguese, the Brazilian and the German Civil Law perspectives.

**KEYWORDS:** Termination – Breach of contract – Creditor's interest – Restitution – Damages.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Fundamento – 3. Exercício – 4. Impedimentos: 4.1 A conduta da parte resolvente como impedimento à resolução; 4.2. A impossibilidade de restituir como impedimento à resolução – 5. Conteúdo da prestação restitutória – 6. Resolução e indemnização – 7. Conclusões.

## 1. INTRODUÇÃO

I. Um dos modos de reacção do credor perante o inadimplemento definitivo imputável ao devedor corresponde à resolução do contrato.<sup>1</sup> Trata-se de uma

- 
1. Neste estudo, temos em vista hipóteses de inexecução *voluntária* e *definitiva* da prestação. Pressuporemos, por facilidade de exposição, a inexistência de cláusula contratual resolutiva e, mais latamente, de regulação contratual acerca da própria resolução.

---

PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspetivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

“consequência natural (embora optativa) da crise no cumprimento”.<sup>2</sup> Corresponde, ainda, a uma pretensão secundária, “definitiva e irreversível”,<sup>3</sup> fundada num direito segundo alguns irrenunciável<sup>4</sup> e que pressupõe uma opção de desvinculação contratual e, portanto, de afastamento do “plano obrigacional primário”.

Assim compreendida, a resolução encontra-se consagrada no Código Civil português, no Código Civil brasileiro e no BGB (alemão), entre outros sistemas em que a figura é reconhecida, como o do *Codice* italiano (cf., por exemplo, artigo 1455.º do *Codice*) ou mesmo o direito inglês (*termination of contract*).

Cingindo-nos à parte geral, no Código Civil português o regime da resolução em apreço encontra assento das normas dos artigos 801.º, n. 2, 802.º e 432.º a 436.º. No direito civil brasileiro, a regulação central consta do art. 475 do CC/2002. O art. 474 alude, depois, à cláusula resolutiva expressa e à cláusula resolutiva tácita. Finalmente, no direito alemão, a disposição fundamental consta do §323 BGB e os efeitos da resolução são, depois, regulados pelas normas dos §346 ss BGB.

É notória a diferente extensão da regulação legal nestes três ordenamentos. No direito brasileiro, tem mesmo sido notado o silêncio da lei a propósito dos pressupostos e dos efeitos da resolução.<sup>5</sup> Paralelamente, o direito alemão sobressai não só pelo amplo tratamento doutrinário do tema neste país mas, também, pelo contributo da *Lei para a Modernização do Direito das Obrigações*, que entrou em vigor, para a generalidade das situações, no dia 01.01.2002,<sup>6</sup>

2. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, A resolução do contrato no direito civil. Do enquadramento e do regime, Coimbra: Coimbra Ed., 1996, p. 68.
3. Como qualifica J. C. BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra: Coimbra Ed., 2011, p. 285.
4. Assim, e aludindo ainda ao caráter imperativo do art. 475 do CC/2002, entendido como “norma (...) editada para satisfazer o interesse público de preservação da igualdade entre as partes e de equivalência das suas prestações”, RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – Resolução. De acordo com o novo Código Civil*, reimp. da 2. ed., Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 34.
5. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 11.
6. Para uma visão geral da reforma do direito alemão atual das perturbações da prestação, cf. CLAUDIUS WILHELM CANARIS, *Das allgemeine Leistungsstörungenrecht*, ZRP 8/2001, 329 ss., BARBARA DAUNER-LIEB, *Das Leistungsstörungenrecht im Überblick*, em *Das neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, org. Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Manfred Lepa/Gerhard Ring, C.F. Müller, Heidelberg, 2002, 64 ss. e DIETER MEDICUS, *Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht*, JuS, 2003, 521 ss.

PRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

abrangendo importantes aspetos da resolução contratual, como a relação entre o exercício da resolução e a impossibilidade de restituição em espécie, os fundamentos da resolução legal (cf. §323 e ss do BGB), a conjugação entre a resolução e outros meios ao dispor do credor, como a indemnização (cf. §325 do BGB) e, numa zona contígua à resolução, a “denúncia extraordinária” de contratos duradouros (§314 BGB), entre outros aspetos.<sup>7</sup>

II. Com que fundamento, e sob que condições, pode a parte fiel resolver o contrato com base em inadimplemento? Como opera a resolução? Está a mesma sujeita a um prazo? Deve a impossibilidade de restituição constituir um impedimento à resolução do contrato? Que outras causas imperativas de exclusão da resolução se impõem? Quais os efeitos da resolução? Como deve operar o efeito restitutivo, quando não for possível restituir em espécie? Quais os critérios de determinação do valor da prestação a restituir? Como se devem compatibilizar as pretensões indemnizatória e resolutoria? Estas questões, que compõem o “núcleo problemático” da resolução contratual, serão tratadas neste estudo, sob um pano de fundo de comparação de soluções jurídicas.

III. Antes de avançarmos, consignem-se, ainda, duas notas adicionais. A primeira para frisar que, ao dedicarmos este estudo à resolução fundada em inadimplemento definitivo imputável ao devedor, deixamos de fora outras manifestações centrais, como a resolução fundada em alteração das circunstâncias (artigo 437.º e ss do Código Civil português)<sup>(8)</sup> ou em onerosidade excessiva cumulada com a teoria da imprevisão (art. 478 e ss. do CC/2002 brasileiro),<sup>9</sup> a resolução fundada em inadimplemento não imputável ao devedor (cf., por exemplo, artigo 793.º do Código Civil português), além de outros regimes civis especiais.

Em segundo lugar, note-se, ainda, que a limitação deste estudo às hipóteses de resolução fundada em *inadimplemento imputável ao devedor* não implica uma pré-compreensão da resolução contratual como mecanismo de caráter

7. Com outros desenvolvimentos e indicações quanto aos trabalhos preparatórios, cf. em geral CHRISTOF MUTERS, *Der Rücktritt vom Vertrag*, Nomos, Baden-Baden, 2008, p. 42 ss. e, quanto aos efeitos da resolução, YVES DÖLL, *Rückgewährstörungen beim Rücktritt. Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten*, Tübinga: Mohr Siebeck, 2011, p. 36 ss.

8. Pode ver-se o nosso estudo *Efeitos da alteração das circunstâncias*, p. 182 ss.

9. Vide OTAVIO RODRIGUES JUNIOR, *Um “modelo de revisão contratual por etapas” e a jurisprudência contemporânea do Superior Tribunal de Justiça*, em *Sociedade de risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*, org. Teresa Lopez, Patrícia Lemos e Otavio Rodrigues Junior, São Paulo: Atlas, 2013, p. 469 ss.

PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

sancionatório.<sup>10</sup> Com efeito, uma tal pré-compreensão contrariaria a evolução dogmática e legislativa da figura.<sup>11</sup> Basta pensar, cingindo-nos à lei, que o Código Civil português prevê no artigo 793.º, um caso de resolução por causa não imputável ao devedor e que, no direito alemão, o novo modelo do BGB veio acentuar a independência do fundamento resolutivo (cf. §326/ 4 e 5 BGB).

## 2. FUNDAMENTO

I. Aproximando-nos, agora, da figura que elegemos como objeto do nosso estudo, comecemos por notar que, no essencial, a doutrina tem vindo a convergir quanto aos traços característicos da resolução contratual por inadimplemento.

Logo entre os autores portugueses, é possível descobrir um fundo comum a várias conceções. Antunes Varela salientou que a resolução surge como “a destruição da relação contratual, operada por um dos contraentes, com base num facto posterior à celebração do contrato”.<sup>12</sup> Segundo Brandão Proença, a reso-

---

10. Como explica Brandão Proença: “o direito de resolução, apesar da sua natureza híbrida é, tal como o concebemos, um instrumento jurídico destinado a reagir racionalmente à crise superveniente da força vinculativa do contrato, enquanto princípio verdadeiramente estruturante e isto independentemente de sabermos se o incumprimento/fundamento tem que ser qualificado como culposo ou unilateral” – *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra: Coimbra Ed., 2011, p. 286.

11. Na doutrina portuguesa, *vide* por exemplo, J. BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da resolução por incumprimento*, em *Obra Dispersa*, I, Scientia Juridica, Braga, 1991, (p. 125 ss.), p. 129, BRANDÃO PROENÇA, *Resolução do contrato*, p. 122 ss. e, em particular p. 129 e, mais recentemente, *Lições*, p. 292 ss. Na síntese lapidar deste autor: “há que preferir a clássica ideia sancionatória da resolução por uma “conceção pragmática” em que a resolução possa responder igualmente a situações de frustração dos interesses das partes ocasionadas por causas objetivas causalmente adequadas à *perturbação do contrato*”. Na doutrina brasileira, ARAKEN DE ASSIS, *Comentários ao Código Civil Brasileiro (artigos 421 a 480)*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. 5, ponto 203 (consultado em biblioteca forense digital), ORLANDO GOMES, *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, ponto 135 (também consultado em biblioteca forense digital). No direito alemão, a resolução prevista no §323 BGB não exige imputação ao devedor – assim, por exemplo, MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht*, I, p. 241. Como também nota EMMERICH, “hoje, ao contrário do que sucedia anteriormente (cf. 326/1, 1.ª parte do BGB anterior à reforma), a resolução de contratos sinalagmáticos já não pressupõe que a mora ou o cumprimento defeituoso sejam imputáveis ao devedor” – VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungstörungen*, 6. ed., Munique: Beck, 2005, p. 301.

12. JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, reimp. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2001, vol. II, p. 275.

---

PRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

lução pode ser concebida como “o poder unilateral de extinguir um contrato válido em virtude de circunstâncias (subjectivas ou objectivas) posteriores à sua conclusão e frustrantes do interesse de execução contratual ou desequilibradoras da relação de equivalência económica entre as prestações”.<sup>13</sup> Ainda, de acordo com Almeida Costa, a resolução “define-se como um acto de um dos contraentes dirigido à dissolução de um vínculo contratual, em plena vigência deste, e que tende a colocar as partes na situação que teriam se o contrato não se houvesse celebrado”.<sup>14</sup>

No direito brasileiro, Ruy de Aguiar Júnior define a resolução como “um modo de extinção dos contratos decorrente do exercício do direito formativo do credor diante do incumprimento do devedor”<sup>15</sup> ou como “o modo de extinção da relação obrigacional estabelecida em contrato bilateral, com a retirada de sua eficácia pelo exercício de um direito formativo-extintivo, do qual é titular o credor não-inadimplente, fundado em incumprimento definitivo do devedor e imputável a este”.<sup>16</sup> A ideia de uma execução contratual desequilibrada e infundada surge também na explicação de Araken de Assis, quando salienta que “o inadimplemento rompe o programa contratual e, remanescendo preso ao vínculo o parceiro fiel, o cumprimento unilateral do contrato implicaria uma atribuição patrimonial sem a devida contrapartida”.<sup>17</sup>

II. Ao contrário da denúncia “ad nutum”,<sup>18</sup> a resolução constitui uma forma de extinção do contrato *vinculada*, havendo que determinar se, em concreto, se encontram preenchidos os respetivos requisitos materiais.<sup>19</sup>

A regulação dos fundamentos da resolução por inadimplemento conhece graus e extensões diversas nos direitos português, brasileiro e alemão.

Examinando de perto a matéria, e principiando pelo direito português, dispõe o artigo 801.º, n. 2: “tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o

13. *Lições*, p. 288.

14. M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, reimp. 12. ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 319.

15. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 12.

16. *Idem*, p. 79.

17. ARAKEN DE ASSIS, *Comentários*, ponto 198.

18. *Vide*, por exemplo, JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, II, p. 281. A denúncia em causa corresponde, no direito brasileiro, à rescisão unilateral dos contratos por tempo indeterminado – *vide* ORLANDO GOMES, *Contratos*, ponto 146.

19. Qualificando o exercício da resolução como um “poder vinculado”, JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, II, p. 276.

credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro”.<sup>20</sup> Com relevância particular no que respeita aos fundamentos da resolução, determina, depois, a norma do artigo 802.º, n. 2, que “o credor não pode, todavia, resolver o negócio se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância”. Finalmente, dispõe ainda o artigo 808.º, n. 1, do Código Civil o seguinte: “se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação”, acrescentando, ainda, o n. 2 deste mesmo preceito que “a perda do interesse na prestação é apreciada objetivamente”.

Genericamente, *a conduta do devedor* pode traduzir-se na violação de um dever primário de prestar mas, também, na preterição de um dever acessório, como o dever de prestar certas informações instrumentais à realização do contrato.<sup>21</sup> Em caso de litígio, o contraente fiel que pretenda resolver o contrato tem o ónus de alegar e provar o fundamento resolutivo (arts. 801.º, n. 2 e 802.º, n. 1 do Código Civil português). A questão essencial é, pois, a de saber quais os fundamentos que justificam a resolução do contrato.

Subjacente ao artigo 808.º do Código Civil, acima transcrito, está uma distinção entre situações de perda do interesse do credor e situações de falta de cumprimento da prestação, decorrido o prazo suplementar (e razoável) fixado pelo credor. Quanto às primeiras, recordem-se as palavras de João Baptista Machado, ao salientar que “a *objectividade* do critério não significa de forma alguma que se não atenda ao interesse *subjectivo* do credor”, realçando ainda que “o que essa *objectividade* quer significar é, antes, que a importância do interesse afectado pelo incumprimento, aferida embora em função do sujeito, há-de ser apreciada *objectivamente*, com base em elementos susceptíveis de serem valorados por qualquer pessoa (designadamente pelo próprio devedor

20. Esta norma ocupa-se da impossibilidade imputável ao devedor, mas, como bem nota ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “não oferece dúvidas a aplicação deste regime ao incumprimento propriamente dito” (*Tratado de Direito Civil português – Direito das obrigações, Cumprimento e não Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção, Garantias*, vol. II, t. IV, Coimbra: Almedina, 2010, p. 139). Pode, ainda, ver-se BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato*, p. 109, nota 295. A inserção sistemática desta norma (e de outras referidas no texto como pertencentes ao quadrante da impossibilidade da prestação) explica-se com base no lugar que, por influência alemã (do BGB de 1900), a impossibilidade da prestação ocupa no Código Civil português.

21. Cf. J. C. BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato*, p. 108 ss.

PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

e pelo juiz) e não segundo o juízo arbitrário do próprio credor”.<sup>22</sup> Neste contexto, considera-se, ainda que “a gravidade do incumprimento resultará, *grosso modo*, da projecção do concreto inadimplemento (da sua natureza e da sua extensão) no interesse actual do credor”.<sup>23</sup>

Além disso, a doutrina tem ainda limitado a resolução em função da gravidade do inadimplemento. A proposta de Vaz Serra era a seguinte: “a resolução dos contratos bilaterais ou a recusa da prestação ainda possível e a exigência da indemnização por não-cumprimento, não podem basear-se em falta que, segundo a boa-fé, seja de pequena importância no cumprimento por uma das partes, com respeito ao interesse da outra”.<sup>24</sup> O projeto de articulado de Vaz Serra não foi acolhido na versão final do Código, tendo sido suprimido na segunda revisão ministerial.<sup>25</sup> Contudo, a doutrina mantém o entendimento segundo o qual o princípio da boa-fé exige que o incumprimento definitivo seja suficientemente grave para que possa haver resolução.<sup>26</sup> Conforme salienta Pedro Romano Martinez, “exige-se que o incumprimento seja definitivo ou o cumprimento defeituoso e que haja adequação entre a gravidade do incumprimento e a pretensão de extinção do vínculo”. Explica, ainda, o autor que, mesmo na falta de uma indicação legal, “a adequação tem de ser ponderada atendendo às regras da boa-fé (artigo 762.º, n. 2 do CC) e à necessária relação causal, requisito da responsabilidade civil (art. 563.º)”.<sup>27</sup> Além disso, “a gravidade do incumprimento não é apreciada em função da culpa (...), mas atendendo às consequências do incumprimento para o credor”.<sup>28</sup> Apesar de o quadro normativo atual exigir uma leitura conjugada dos artigos 801.º, n. 2, 802.º e 808.º do Código Civil (cingindo-nos às situações de inadimplemento imputável), a doutrina converge quanto à exclusão da resolução em casos de “incumprimento insignificante ou com *escassa importância*”.<sup>29</sup>

---

22. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da resolução*, p. 137.

23. J. C. BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato*, p. 133.

24. VAZ SERRA, *Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor*, BMJ, 47, 1955, p. 97.

25. Sobre este aspeto, e a sua relevância, pode também ver-se J.C. BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato*, p. 112, nota 305 e PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra: Coimbra Ed., 2008, II, p. 1521 ss., nota 4319.

26. J. C. BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato*, p. 129.

27. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 146.

28. BRANDÃO PROENÇA, *Lições*, p. 289.

29. J. C. BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato*, p. 111.

É ainda comum uma alusão ao caráter de *ultima ratio* da resolução. Segundo Brandão Proença, “o legitimado, mesmo contra a sua vontade, não pode deixar de ter em conta o desejo legal de a resolução funcionar como solução final”.<sup>30</sup>

III. No direito brasileiro, perante a singeleza do artigo 475.º, tem sido notada a necessidade de aprofundar os fundamentos de resolução contratual.<sup>31</sup>

Sob este pano de fundo, importa, desde logo, situar o problema no contexto mais amplo da própria noção de inadimplemento. Na definição de Judith Martins-Costa, inadimplemento em sentido amplo corresponde à “situação objetiva de não realização da prestação devida e de insatisfação do interesse do credor, independentemente da causa da qual a falta procede”.<sup>32</sup>

Considerando já a reação resolutiva, salienta Araken de Assis que “somente o inadimplemento absoluto, seja porque o descumprimento revela-se irreversível, seja porque a prestação se tornou inútil para o credor, enseja a resolução”.<sup>33</sup> Contudo, esse inadimplemento pode resultar da violação de deveres primários de prestar ou, de igual modo, de deveres acessórios da prestação.<sup>34</sup> Sublinha, ainda, este autor que, dentro desde quadro, a opção entre resolver o contrato ou manter a prestação (quando for viável mantê-la) “se mostra livre, desprovida de prioridades ou hierarquias, subordinando-se exclusivamente aos interesses do credor, que deliberará acerca da conveniência de manter ou não o contrato”.<sup>35</sup>

Já segundo Ruy de Aguiar Júnior, haverá que atender ao disposto nos artigos 394.º, 395.º e 389.º do Código Civil brasileiro, de modo a extrair, como bitola, a ideia de “inutilidade da prestação”, aferida em função do interesse do credor.<sup>36</sup> Para esse autor, será adequado um “critério composto”, isto, conside-

30. J.C. Brandão Proença, *Lições*, p. 289.

31. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 131.

32. JUDITH MARTINS-COSTA, *Comentários ao novo Código Civil, Do inadimplemento das Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. V, t. II, p. 82.

33. ARAKEN DE ASSIS, *Comentários*, ponto 203. Sobre a noção de inadimplemento, AGOSTINHO ALVIM, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 6 ss., CAIO MÁRIO SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil – Teoria geral das obrigações*, 23. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. II, p. 309 ss., RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 91 ss.

34. ARAKEN DE ASSIS, *Comentários*, ponto 203.

35. ARAKEN DE ASSIS, *Comentários*, ponto 200.

36. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 130 ss.

rando “dados de duas ordens”: “os elementos *objetivos*, fornecidos pela regulação contratual e extraídos da natureza da prestação, e o elemento *subjetivo*, que reside na necessidade de o credor receber uma prestação que atenda à carência por ele sentida, de acordo com a sua legítima expectativa e a tipicidade do contrato”.<sup>37</sup>

IV. No direito alemão, há que atentar ao disposto no §323 BGB. Segundo este preceito:

“§323 – Resolução em virtude de incumprimento ou de falta de cumprimento conforme ao contrato

(1) Se, num contrato sinalagmático, o devedor de uma prestação vencida não a cumprir ou não a cumprir em conformidade com o contrato, o credor pode resolver o contrato, quando, sem resultado, tiver fixado ao devedor um prazo razoável para prestar ou para corrigir a prestação.

(2) A fixação do prazo é dispensável quando:

1. O devedor recusar a prestação de forma séria e definitiva.

2. O devedor não cumprir numa data determinada no contrato ou dentro de um prazo determinado no contrato, sendo a data ou o prazo essencial para o credor, de acordo a comunicação por este realizada ao devedor antes da conclusão do contrato ou em virtude de circunstâncias associadas à celebração do contrato, ou

3. No caso de uma prestação não conforme ao contrato, existam circunstâncias especiais que justifiquem a imediata resolução, ponderados os interesses de ambas as partes.

(3) Se a fixação de um prazo não for aplicável, em virtude do tipo de violação de dever, é realizada, em seu lugar, uma advertência.

(4) O credor pode resolver o contrato antes do vencimento da prestação, quando for evidente que os pressupostos da resolução estarão verificados.

(5) Se o devedor tiver realizado uma prestação parcial, o credor pode resolver a totalidade do contrato, quando não tiver qualquer interesse na prestação parcial. Se o devedor não tiver cumprido a prestação em termos conformes ao contrato, o credor não pode resolver o contrato se a violação do dever for insignificante.

(6) A resolução fica excluída quando o devedor for exclusiva ou preponderantemente responsável pelas circunstâncias que justificariam a resolução ou

37. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 132-133.

PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

quando a circunstância não imputável ao devedor ocorra num momento em que o credor se encontra em mora.”

De uma leitura desta norma resulta, desde logo, que várias circunstâncias justificam a resolução: não só o inadimplemento definitivo, expirado o prazo fixado pelo credor, como a recusa séria e definitiva da prestação, o inadimplemento dentro de um prazo absolutamente fixo, o cumprimento parcial em que o credor não tenha interesse algum ou o cumprimento defeituoso, desde que a violação do dever não seja insignificante. Trata-se, assim, de uma ampla extensão de causas de resolução, embora, em qualquer caso, estejam em causa situações em que se verifica uma “agressão” ou um “prejuízo” para o interesse do credor na prestação.<sup>38</sup> Neste amplo quadro, a resolução não exige uma imputação ao devedor, nem a violação do dever compreendido no sinalagma contratual, podendo estar em causa, dentro de certos limites, a desconformidade perante um dever acessório.<sup>39</sup>

Numa das hipóteses mais relevantes da lei, está em causa a falta de cumprimento dentro do prazo suplementar fixado pelo credor.<sup>40</sup> Nota-se, com efeito, que o BGB manteve a tradição do relevo do prazo suplementar no sistema da resolução, figurando este prazo (salvo nos casos de dispensa) como um requisito da própria resolução, e não como mero expediente de facilitação da prova a cargo do credor.<sup>41</sup> A fixação de um prazo suplementar exige, em regra, o vencimento da prestação e a exequibilidade da pretensão do credor ao cumprimento (se, por exemplo, a prestação se tiver tornado impossível, não haverá necessidade de fixação de prazo).<sup>42</sup> O prazo deve ser razoável, o que só pode determinar-se em função da natureza da prestação, mas não tem de ser amplo o suficiente para permitir ao devedor “começar do zero”.<sup>43</sup> O puro decurso do prazo não provoca uma extinção automática da relação obrigacional, verificando-se, antes, uma passagem dessa mesma relação por um estado

38. WOLFGANG ERNST, anotação ao §323, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, §§ 241-432, Munique: Beck, 2012 (6. ed.) (cit. MÜKO/ERNST, §323), n.m. 1.

39. CHRISTIAN GRÜNEBERG, anotação ao §323, em *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck, 2014 (73. ed.) (cit. PALANDT/GRÜNEBERG, §323), n.m. 1.

40. MÜKO/ERNST, §323, n.m. 2, CHRISTOF MUTHERS, *Der Rücktritt vom Vertrag*, p. 73 ss.

41. MÜKO/ERNST, §323, n.m. 5, Palandt/Grüneberg, §323, n.m. 1.

42. MÜKO/ERNST, §323, n.m. 46 e 47.

43. MÜKO/ERNST, §323, n.m. 71, Palandt/Grüneberg, §323, n.m. 14.

de “quiescência”, aguardando a tomada de decisão por parte do credor.<sup>44</sup> A fixação do prazo não necessita de ser acompanhada de qualquer “ameaça” ou declaração cominatória, nem tão pouco de uma comunicação da intenção de recusa da prestação.<sup>45</sup> Contudo, a resolução pode fixar afastada se o devedor não podia contar com ela, invocando-se, neste caso, a boa-fé como limite ao direito do credor.<sup>46</sup>

Além da situação de inadimplemento da prestação debitória no prazo suplementar concedido pelo credor (e dos casos de dispensa), o credor pode resolver o contrato com base em prestação parcial ou em prestação defeituosa, sendo, quanto a estas, de realçar os critérios do § 323/5 BGB. Assim, se o devedor oferecer uma prestação parcial (sendo esta divisível), o credor pode resolver o contrato se não tiver interesse no cumprimento parcial.<sup>47</sup> Se o credor tiver interesse na prestação, não poderá haver lugar a uma resolução total do contrato, salvo se a contraprestação for indivisível.<sup>48</sup>

No caso de cumprimento defeituoso (ou, nas palavras da lei, desconforme ao contrato) o credor pode também optar pela resolução, se a violação do dever subjacente àquela perturbação revestir um caráter *relevante* ou *significativo*.<sup>49</sup> Neste caso, não basta o decurso infrutífero do prazo (não se verificando nenhuma das causas de dispensa de fixação do mesmo), sendo necessário que o defeito, físico ou jurídico, não seja insignificante.<sup>50</sup> Embora a letra da lei pareça limitar a aferição do fundamento resolutivo, apontando até para uma atenção ao defeito “em si e por si”, subsistem dúvidas sobre a relevância de uma ponderação mais ampla de interesses e sobre a valoração da conduta do devedor.<sup>51</sup>

No contexto acabado de descrever (e que não esgota, aliás, todas as hipóteses tipificadas no §323 BGB), a ligação entre os vários critérios legais reveste alguma complexidade. Não parece esclarecida a questão de saber se, no caso de pura inexecução da prestação debitória, se exige, além da fixação do prazo

44. MüKo/Ernst, §323, n.m. 5, Palandt/Grüneberg, §323, n.m. 33.

45. MüKo/Ernst, §323, n.m. 66 e 67, Palandt/Grüneberg, §323, n.m. 12.

46. MüKo/Ernst, §323, n.m. 66 a.

47. VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, p. 307-308, se CHRISTOF MUTHERS, *Der Rücktritt vom Vertrag*, p. 111 ss.

48. PALANDT/GRÜNEBERG, §323, n.m. 25.

49. VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, p. 308, CHRISTOF MUTHERS, *Der Rücktritt vom Vertrag*, p. 66 ss.

50. MüKo/Ernst, §323, n.m. 3.

51. MüKo/Ernst, §323, n.m. 243 b.

suplementar, a relevância da violação do dever, sobretudo quando esteja em causa um dever acessório. Alguma doutrina alude a uma aplicação analógica do §323/5 BGB a estes casos.<sup>52</sup> Haveria necessidade de sujeitar o cumprimento defeituoso e o puro e simples incumprimento a uma valoração unitária.<sup>53</sup>

V. Subjacente a qualquer dos sistemas acabados de examinar parece estar a conceção legal da resolução como reação dependente da verificação de *pressupostos qualificados*, que não se bastam com a existência de um mero desvio ao cumprimento do programa obrigacional. São, contudo, flagrantes as diferenças quanto aos específicos pressupostos exigidos, sobretudo, quanto à relevância da fixação de um prazo suplementar pelo credor e, também, quanto à densificação da “perturbação”, em particular nos casos de prestação parcial e de cumprimento defeituoso.

No sistema português e, sobretudo, no sistema alemão reconhece-se uma preferência por soluções normativas que, em princípio, reconheçam a *promessa realizada*, enquanto tal, e privilegiem o seu cumprimento *in natura*.<sup>54</sup> Daí que, no caso de inadimplemento da prestação debitória, a regra seja a da fixação de um prazo adicional para o devedor cumprir. Esgotado este prazo sem resultado, o credor pode optar pela desvinculação resolutória. Admitem-se, depois, desvios e reforços desta regra. Numa prestação de prazo absolutamente fixo, não há necessidade de fixação de qualquer prazo adicional.<sup>55</sup> Perante uma prestação defeituosa, não basta a fixação de um prazo suplementar, exigindo-se, ainda, um requisito *material*, que ajuíza da própria relevância da perturbação em causa.

O direito brasileiro, baseado num sistema de resolução judicial, não parece, porém, seguir o figurino alemão, nem identificar-se com o sistema português. Quanto ao escrutínio do fundamento material da resolução, as propostas da doutrina no domínio do novo Código Civil exploram, no essencial, a incidência do critério do interesse do credor. Tem sido ainda realçado que a resolução não reveste um caráter subsidiário, podendo o credor escolher, de forma livre, entre resolver o contrato ou manter a prestação.<sup>56</sup>

52. PALANDT/GRÜNEBERG, §323, n.m. 10 e 32.

53. PALANDT/GRÜNEBERG, §323, n.m. 32, invocando ainda as posições de STADLER e de ROTHE.

54. Vide, por todos, as reflexões de MARC-PHILIPPE WELLER, *Die Vertragstreue*, Tubinga: Mohr Siebeck, 2009, p. 220 ss.

55. PALANDT/GRÜNEBERG, §323, n.m. 19 ss.

56. Cf. ARAKEN DE ASSIS, *Comentários*, ponto 200.

VI. Em qualquer dos sistemas, parece ser de admitir a possibilidade de as partes acordarem os termos da extinção do contrato, podendo, neste âmbito, reforçar o caráter de *ultima ratio* da resolução contratual.

Além disso, o papel do interesse do credor na conformação dos pressupostos da resolução revela (e justifica) uma margem de autonomia na disposição dos fundamentos da resolução.<sup>57</sup> Fica, porém, a dúvida de saber qual a exata resposta, em cada um dos sistemas, a uma cláusula contratual que conceba a resolução contratual como um meio de reação *imediate* e *discricionário* a *qualquer desvio ao programa contratual*. Nestas hipóteses, os limites do poder dispositivo das partes deverão ser questionados à luz da regra da boa-fé.

### 3. EXERCÍCIO

I. Observando, agora, o exercício da resolução, verificamos que os sistemas português, brasileiro e alemão se apresentam marcadamente distintos.

No direito alemão vigora um sistema de resolução declarativa ou extrajudicial (§346 e §349 BGB).<sup>58</sup>

No direito português, a resolução do contrato opera seguindo a herança germânica, através de uma declaração recetícia dirigida pelo credor ao devedor (artigos 432.º e ss, 224.º e 236.º). Até que o credor manifeste a sua intenção, o dever de prestar não deixará de estar rodeado de alguma incerteza, podendo inclusivamente aludir-se a um “estado de suspensão” ou “de quiescência” do vínculo debitório.

Já no direito brasileiro, a resolução é um remédio que depende do exercício de ação judicial.<sup>59</sup> A sentença que decreta a resolução reveste caráter constitutivo.<sup>60</sup>

São conhecidas as vantagens e os inconvenientes de cada sistema. O sistema de resolução judicial reforça a segurança jurídica e a garantia de uma “decisão equânime”,<sup>61</sup> mas, em contrapartida, coloca o desfecho da relação obrigacio-

---

57. Notando, no direito alemão, que o §323 BGB reveste um caráter dispositivo PALANDT/GRÜNEBERG, §323, n.m. 2.

58. Vide, por exemplo, VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, p. 309, se CHRISTOF MUTHERS, *Der Rücktritt vom Vertrag*, p. 203 ss.

59. Assim, além de ARAKEN DE ASSIS, vide CAIO MÁRIO SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 15. ed., 2011, vol. III, p. 133, ORLANDO GOMES, *Contratos*, ponto 135. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 12, p. 56 ss. e p. 192 ss.

60. ORLANDO GOMES, *Contratos*, ponto 135.

61. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 57.

nal dependente de um processo, protelando um efeito que, nos sistemas de tipo alemão, se obtém imediatamente (ainda que sujeito, depois, a escrutínio judicial).<sup>62</sup>

II. Em matérias de prazos, os três ordenamentos tendem a aproximar-se, apesar das diferenciações impostas pelo cariz judicial ou extrajudicial da resolução.

No direito português, a resolução legal do contrato por inadimplemento não está sujeita a prazo. Segundo algumas posições, pode ser realizada, em princípio, dentro do prazo ordinário de prescrição, muito embora este prazo se aplique, apenas, à pretensão creditória primária.<sup>63</sup>

Idêntica solução parece ser admitida no direito brasileiro, muito embora advertindo-se para a não aplicação direta do prazo de prescrição ao próprio direito de resolução.<sup>64</sup> Nas palavras de Pontes de Miranda, haveria como um “encobrimento do elemento, inadimplemento, necessário ao suporte fático da resolução”.<sup>65</sup> Contudo, segundo Ruy de Aguiar Júnior, “apesar da inexistência de regra expressa (...), sobrevindo o inadimplemento admita-se que o devedor possa provocar judicialmente o credor para se manifestar sobre a permanência ou a extinção da relação, em prazo compatível, a critério do juiz”.<sup>66</sup>

No direito alemão *atual*, considera-se que o direito de resolução, não correspondendo a uma pretensão, não prescreve nos termos do §194 BGB.<sup>67</sup> Pode, porém, ficar afastado (tornando-se a resolução ineficaz) se a pretensão à correção do cumprimento prescrever nos termos do §218 BGB.<sup>68</sup>

III. Um aspeto que pode suscitar-se à luz de qualquer dos ordenamentos é o de saber se o *não exercício* do direito de resolução dentro de certo período de tempo poderá implicar uma renúncia ao exercício do mesmo. Estaria em causa

---

62. Vejam-se, no direito brasileiro, as reflexões de ORLANDO GOMES, *Contratos*, ponto 135, RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 57-58 e, no direito português, *A resolução do contrato*, p. 151 ss.

63. J. C. BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato*, p. 156.

64. ARAKEN DE ASSIS, *Comentários*, ponto 201, RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 37.

65. PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXV, p. 365.

66. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 38.

67. PALANDT/GRÜNEBERG, §323, n.m. 33, CHRISTOF MUTHERS, *Der Rücktritt vom Vertrag*, p. 213.

68. *Idem*, *ibidem*.

uma situação próxima da *Verwirkung*. Muthers rejeita esta hipótese, considerando que o credor é livre de optar, não ficando sujeito à *Verwirkung*.<sup>69</sup>

No direito brasileiro, considera Ruy de Aguiar Júnior que “é de se permitir, com base no princípio da boa-fé, o reconhecimento da renúncia tácita a tal direito, conforme o comportamento adotado pelo credor, depois do inadimplemento, aplicando-se a regra do *venire contra factum proprium* ou da *supressio*”.<sup>70</sup> O autor adianta, ainda que “a renúncia tácita pode decorrer da continuidade do relacionamento negocial entre as partes ou do decurso em branco de um prazo considerável”.<sup>71</sup>

No direito português, a intervenção da boa-fé é também admitida, reconhecendo-se que “o decurso de período temporal inferior ao prazo de prescrição (...) pode, ainda assim, inviabilizar o recurso à resolução se da inércia daquele que poderia exercer o direito se puder retirar uma ideia de confiança na prossecução da relação contratual”.<sup>72</sup>

IV. Finalmente, até que a parte resolvente manifeste o seu propósito resolutivo (ou, tratando-se de sistema judicial, intente a competente ação), verifica-se um “estado de quiescência” (*Schwebezustand*). Muito embora o ponto não seja isento de dúvidas,<sup>73</sup> a doutrina alemã considera que o devedor não pode fixar ao credor um prazo para que decida se pretende, ou não, resolver o contrato.<sup>74</sup> Tratando-se de uma situação em que o devedor se encontra em *mera mora*, pode este, porém, oferecer a prestação, conforme devida, fazendo, assim, cessar o motivo de resolução.<sup>75</sup>

V. Antes de terminarmos, uma nota adicional a propósito da resolução do contrato antes do vencimento da prestação. O §323/4 BGB acima transcrito prevê esta situação.<sup>76</sup> Exige-se, porém, que seja evidente que os pressupostos

---

69. Segundo o autor seria também esta a orientação do tribunal federal alemão depois da *Schuldrechtsmodernisierung* – vide CHRISTOF MUTHERS, *Der Rücktritt vom Vertrag*, p. 214.

70. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Extinção dos contratos*, p. 38.

71. *Idem*, *ibidem*.

72. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação*, p. 175.

73. CHRISTOF MUTHERS, *Der Rücktritt vom Vertrag*, p. 216 ss.

74. VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, p. 309.

75. *Idem*, *ibidem*.

76. CHRISTOF MUTHERS, *Der Rücktritt vom Vertrag*, p. 99 ss.

da resolução se verificarão no futuro. Conforme nota Emmerich, esta disposição compreende dois tipos de situações: por um lado, os casos de recusa séria e definitiva de não cumprimento e, por outro lado, os casos em que, devido a uma circunstância imputável ao devedor, se suscita uma dúvida séria quanto à sua futura capacidade para cumprir atempadamente.<sup>77</sup> Se, por exemplo, pouco tempo antes da data de entrega da obra, o empreiteiro ainda não iniciou a construção, pode suscitar-se uma dúvida séria ao abrigo da citada disposição do §323/4 BGB.

Também no direito português se considera que “nada obsta a que, excepcionalmente, em determinadas hipóteses, o incumprimento definitivo ocorra em data anterior à do vencimento da prestação; em particular no caso de o facto determinante da impossibilidade de cumprimento ou a declaração inequívoca do devedor de que não realizará a prestação se tenham verificar em momento anterior ao do vencimento da prestação”.<sup>78</sup>

A figura do inadimplemento antecipado é também conhecida do direito brasileiro, pelo que poderá também relevar a sua incidência no plano resolutório, em termos análogos aos ordenamentos acabados de examinar.<sup>79</sup>

## 4. IMPEDIMENTOS

### 4.1 *A conduta da parte resolvente como impedimento à resolução*

I. A resolução do contrato por inadimplemento depende da concretização dos seus pressupostos e fundamentos mas, também, da inexistência de certas circunstâncias que excluem a possibilidade de exercício deste direito. Entre estas, avultam duas condições, que examinaremos em seguida: uma delas, é relativa à conduta do contraente que pretende resolver, a outra, atinente à possibilidade de restituição por parte deste mesmo contraente.

II. Principiando pela conduta da parte resolvente, constata-se uma tendencial convergência entre os três ordenamentos.

No direito português, tem-se entendido, muito embora nenhuma norma do Código Civil o diga expressamente, que “o contraente que se considera

77. VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, p. 306.

78. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação*, p. 145.

79. Vide, por exemplo, MARCELO BENACCHIO, *Inadimplemento das obrigações*, em *Obrigações*, coord. Renan Lotufo/Gianni Nanni, Atlas, São Paulo, 2011, p. 542 ss.

PRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

legitimado não poderá resolver o contrato se o fundamento invocado para a resolução tiver resultado exclusiva ou preponderantemente da sua conduta”.<sup>80</sup>

No direito brasileiro, tem-se admitido idêntica solução. Assim, em princípio, o contraente inadimplente não pode requerer ao tribunal que decrete a resolução do contrato.<sup>81</sup>

No direito alemão, o novo preceito do §323/6 do BGB consagra o seguinte: “a resolução é excluída quando o credor for exclusiva ou preponderantemente responsável pelas circunstâncias que o habilitariam a resolver o contrato ou quando a circunstância não imputável ao devedor ocorra num momento em que o credor esteja em mora”.<sup>82</sup> A responsabilidade e a mora do credor afastam, assim, o direito de resolução.<sup>83</sup> De igual modo, se for imputável ao credor a impossibilidade de correção do cumprimento defeituoso, pode ficar excluído o direito à resolução.<sup>84</sup>

#### 4.2 A impossibilidade de restituir como impedimento à resolução

I. Examinemos, agora, o segundo impedimento: a impossibilidade de restituir por parte do contraente que pretende resolver.

A relação de dependência entre a impossibilidade da prestação restitutória em espécie e o exercício do direito potestativo de resolução foi recentemente afastada pelo direito alemão, com a *Lei para a Modernização do Direito das Obrigações*.

No direito alemão pretérito, os §§350 ss do BGB (r.a.) regulavam os casos de destruição fortuita (§350), de destruição culposa (§351), de modificação ou remodelação (§352) e de oneração do objeto da prestação (§353). De acordo com este regime, se a parte resolvente fosse responsável pela deterioração significativa, destruição ou impossibilidade de entrega do objeto recebido, não podia resolver o contrato (§351). De igual modo, a transformação, remodelação ou venda do bem a terceiro podiam impedir o exercício do direito de

80. BRANDÃO PROENÇA, *Lições*, p. 289.

81. ARAKEN DE ASSIS, *Comentários*, ponto 202.1, RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 166 ss.

82. No PQCR, a mesma ideia resulta do artigo III – 3:101, 3, segundo o qual o credor não pode recorrer aos meios de reação previstos na lei caso tenha causado, ele próprio, a falta de cumprimento.

83. VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, p. 308-309.

84. Vide CHRISTOF MÜTHERS, *Der Rücktritt vom Vertrag*, p. 195 ss.

resolução do contrato (cf. §352 e 353. r.a.). Apenas nos casos em que o objeto da prestação tivesse perecido acidentalmente, por causa fortuita, aquele direito potestativo permanecia intacto, apesar da insusceptibilidade de restituição em espécie.<sup>85</sup>

Diversamente, *no atual BGB*, a resolução do contrato não depende da conduta da parte resolvente quanto ao objeto da prestação. É irrelevante, do ponto de vista das condições de exercício da resolução, que a parte resolvente esteja, ou não, em condições de restituir o que recebeu. A valoração da conduta deste contraente limita-se, aliás, para efeitos de exclusão do direito resolutivo, à *causação* da circunstância que motiva a própria resolução (cf. § 323/6 e 326/5 do BGB). O princípio geral do Código Alemão é, assim, o da restituição de equivalente (cf. § 346/2 do BGB),<sup>86</sup> resultando deste novo modelo uma distinção clara entre as perturbações do programa obrigacional que podem fundamentar a resolução e as perturbações das prestações restitutórias (cf. §§ 346/ 3 e 4).

- 
85. Sobre estes preceitos, cf. DAGMAR KAISER, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*, Berlin: Sellier, De Gruyter, 2001, Livro 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 346-361 (cit. STAUDINGER 2001/KAISER, §350), n.m. 1 ss. e, do mesma autora e na mesma obra, § 351 (cit. STAUDINGER 2001/KAISER, §351), n.m. 1 ss. e ainda DAGMAR KAISER, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB*, Tubinga: Mohr Siebeck, 2000, 243 ss. e, em retrospectiva, GERHARD WAGNER, *Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht?*, FS für Ulrich Huber, org. Theodor Baums/ Johannes Wertenbruch, Tubinga: Mohr Siebeck, 2006 (591 ss.), 595 ss. e PHILLIP HELLWEGE, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem. Deutsches, englisches und schottisches Recht in historisch-vergleichender Perspektive*, Tubinga: Mohr Siebeck, 2004, 22 ss.
86. Assim, STEPHAN LORENZ/ THOMAS RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, Munique: Beck, 2002, n.m. 420, GAIER, anotação ao § 346, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, §§ 241-432, Munique: Beck, 2007 (cit. MÜKO/GAIER, § 346) n.m. 12, HELMUT GROTHE, anotação ao § 346, em *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. I, org. Heinz Georg Bamberger/ Herberth Roth, Munique: Beck, 2012, 3. ed. (cit. BAMBERGER/ ROTH/ GROTHE, § 346) n.m. 3, JOHANNES HAGER, *Der Wert und Schadensersatzanspruch beim Rücktritt*, FS für Hans Joachim Musielak, Munique: Beck, 2004, 195 ss. Para uma apreciação em sentido favorável à reforma, cf. STEPHAN LORENZ, *Die Lösung vom Vertrag, insbesondere Rücktritt und Widerruf*, em *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, org. Reiner Schulze/ Hans Schulte-Nölke, Tubinga: Mohr Siebeck, 2001 (329 ss.), 343, ROBERT BOELS, *Der Rücktritt vom Vertrag trotz Rückgabemöglichkeit. Ein Vergleich der Regelungen des BGB mit dem UN-Kaufrecht, den Lando-Prinzipien und den UNIDROIT-Prinzipien*, Berlin: Peter Lang, 2008, 86 ss. e YVES DÖLL, *Rückgewährstörungen*, 41 ss. Para uma visão crítica cf. JÜRGEN KOHLER, *Rücktrittsrechtliche Bereicherungshaftung*, JZ 2002 (682 ss.), 688 ss. e, do mesmo Autor, *Das Rücktrittsrecht in der Reform*, JZ 2001, 321 ss.

---

PRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

Esta solução tem merecido o aplauso da doutrina, que a tem considerado mais equilibrada e razoável do que a reação de “tudo ou nada” dos anteriores §§ 350 e ss, hoje revogados.<sup>87</sup>

No direito alemão *atual*, é irrelevante, do ponto de vista das condições de exercício da resolução que a parte resolvente não esteja em condições de restituir aquilo que lhe tiver sido prestado: a sua conduta poderá apenas ser apreciada, para efeitos de exclusão do direito resolutivo, no que respeita à sua eventual contribuição para a circunstância que motiva a própria resolução (cf. §§323/6 e 326/5 BGB).

II. *Diversamente*, no direito português, a norma do artigo 432.º, n. 2, do Código Civil relaciona o exercício do direito potestativo de resolução do contrato com o conteúdo da prestação restitutória, ao determinar que a parte 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”. Num outro estudo, tivemos já oportunidade de refletir acerca da delimitação desta norma, de teor aparentemente restritivo, e, ainda, sobre a pertinência da mesma em relação à resolução por inadimplemento, enquanto expressão paradigmática de resolução legal do contrato (cf. artigos 432.º, n. 1, e 801.º, n. 2).<sup>88</sup>

Retomando, agora, o tema em traços gerais, deve salientar-se, desde logo, ser comum o entendimento segundo o qual a norma do artigo 432.º, n. 2, impede o exercício do direito potestativo de resolução do contrato, se a impossibilidade de restituição for imputável à parte resolvente.<sup>89</sup> Mais complexo pode ser já o enquadramento dos casos de impossibilidade de restituição por *causa não impu-*

---

87. Na expressão de DAGMAR KAISER, anotação ao § 346, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*, Berlim: Sellier, De Gruyter, 2012, Livro 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 346-361 (cit. STAUDINGER 2012/KAISER, § 346), n.m. 137.

88. Vide o nosso estudo *Resolução do contrato por incumprimento e impossibilidade de restituição em espécie*, *O Direito*, 2012, III, p. 653 ss.

89. BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato*, p. 202-203. Mais recentemente, escreve BRANDÃO PROENÇA o seguinte: “embora seja compreensível o desejo do legislador em evitar que o inadimplente venha a suportar o risco de um dano (...) não ligado ao próprio incumprimento, pensamos que a limitação do normativo só se justificaria se a impossibilidade restitutiva fosse culposa e ocorresse após o conhecimento ou a verificação do fundamento resolutivo” (*Lições*, 298). Vide também NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Almedina, 2011, 892, nota 1221 e o nosso estudo *Resolução do contrato*, p. 653 ss.

---

PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

tável a qualquer dos contraentes. Vaz Serra, inspirado no sistema alemão pretérito relativo à resolução legal,<sup>90</sup> considerou não ser razoável a exclusão do direito de resolução pelo facto de o seu titular não poder, por caso fortuito, restituir o que recebeu.<sup>91</sup> Recentemente, Nuno Pinto Oliveira exprimiu a sua concordância com este ponto de vista, aceitando, assim, a possibilidade de resolução do contrato por incumprimento pela parte adimplente em caso de impossibilidade fortuita de restituição do bem recebido.<sup>92</sup> As reflexões de Pedro Romano Martinez,<sup>93</sup> de José Brandão Proença<sup>94</sup> e de Paulo Mota Pinto,<sup>95</sup> entre outros autores, parecem inclinar-se num sentido diverso do acabado de referir, admitindo a impossibilidade fortuita de restituição em espécie como impedimento resolutivo, ao abrigo do artigo 432.º, n. 2. Pela nossa parte, conforme referimos noutro momento, parece-nos que a solução germânica – no sentido de admitir a resolução, apesar da impossibilidade fortuita de restituição – contribui para a preservação de um direito importante do credor perante o incumprimento e consegue, deste modo, garantir uma maior tutela da circulação dos bens no comércio jurídico.<sup>96</sup> As razões que motivaram a supressão dos §350 ss do BGB – em particular as que respeitam à necessidade de arredar a incerteza jurídica causada pela artificialidade dos critérios delimitativos e ao propósito de conferir plena efetividade ao direito de resolução – são, numa perspectiva de política legislativa, invocáveis, no direito português, em relação ao artigo 432.º, n. 2.

III. No direito brasileiro, encontra-se uma solução análoga à alemã. Segundo Araken de Assis, “em princípio, mostra-se inviável instituir como requisito da resolução um impedimento relativo aos seus efeitos. Rejeita-se, por conseguinte, a tese de que, ensejando o titular do direito à resolução a impossibilidade de restituição está excluído o direito à resolução”.<sup>97</sup> Também Ruy de Aguiar Júnior se pronuncia no mesmo sentido, considerando que “a restituição (ou a possibilidade de restituir) não é propriamente condição da ação de resolução”.<sup>98</sup>

90. Nesse sentido, BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato*, p. 198.

91. VAZ SERRA, *Resolução*, 246.

92. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios*, p. 892-893.

93. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação*, 126 e 201.

94. Brandão Proença, *Lições*, 298.

95. *Interesse*, II, 993.

96. Vide o nosso estudo *Resolução do contrato por incumprimento*, p. 665 ss.

97. ARAKEN DE ASSIS, *Comentários*, ponto 202.3.

98. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 259.

PRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

## 5. CONTEÚDO DA PRESTAÇÃO RESTITUTÓRIA

I. A resolução do contrato visa um efeito liberatório, de caráter necessário, e um efeito recuperatório ou restitutivo, de caráter eventual, reservado aos casos em que haja prestações cumpridas.<sup>99</sup> A extinção da pretensão do credor ao cumprimento e da pretensão do devedor ao recebimento da contraprestação operam com a resolução, seja ela judicial ou extrajudicial.

Como nota António Menezes Cordeiro a resolução implica “a supressão das prestações principais” mas, “mantém-se, todavia, uma relação entre os contraentes, em parte decalcada do contrato existente”.<sup>100</sup> Este “lastro obrigacional” permite, como veremos, alcançar soluções equilibradas quanto à caracterização da relação de liquidação, quanto à possível incidência de deveres acessórios e, ainda, quanto aos deveres de indemnizar e de restituir. Este aspeto parece, aliás, poder admitir-se também em sistemas de resolução judicial.<sup>101</sup>

II. A restituição tem sido objeto de um tratamento desigual nos ordenamentos jurídicos que temos vindo a estudar, sendo escassas as referências encontradas no direito brasileiro. Dada a extensão do assunto, nas páginas que se seguem perscrutaremos *apenas* os contornos da prestação restitutória “principal” na relação *inter partes*, excluindo os problemas da restituição dos frutos percebidos e da tutela de terceiros.

III. Como escrevemos noutra local, a propósito da concretização do valor da prestação restitutória, o direito comparado oferece-nos dois modelos distintos: o modelo da prevalência do valor objetivo e o modelo da prevalência do valor da contraprestação.<sup>102</sup> A regra do modelo alemão atual (cf. §346/2, 2.<sup>a</sup> parte, do BGB) consagra, segundo a visão dominante, um “conceito de valor contratual e subjetivo”,<sup>103</sup> impondo que o cálculo do valor da prestação secun-

---

99. Assim, YVES DÖLL, *Rückgewährstörungen*, p. 50 ss. Na manualística, MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht*, I, p. 283 ss.

100. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, IV, p. 139.

101. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 259.

102. Vide o nosso estudo *A prestação restitutória em valor na resolução do contrato por incumprimento*, *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 703 ss., no qual se podem consultar as matérias que seguidamente se expõem com outros desenvolvimentos.

103. Assim, CLAU-WILHELM CANARIS, *Einführung*, em *Schuldrechtsmodernisierung*, Beck, 2002, p. XXXVI, MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht*, I, p. 287, FLORIAN FAUST, *Die Durch-*

---

PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

dária de restituição se baseie ou, pelo menos, tome em conta, o valor na contraprestação (cf. §346/2, parte final).<sup>104</sup> O recurso ao método do valor objetivo parece, assim, ser subsidiário, aplicando-se, desde logo, nos casos em que não tenha sido fixada contraprestação.<sup>105</sup> Esta 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*.<sup>106</sup> Canaris concretizou mesmo o critério normativo do BGB através da alusão a um “prolongamento do sinalagma” e propôs, baseando-se nos trabalhos preparatórios do §346/2, uma construção de aferição do valor da prestação restitutória baseada numa “presunção de equivalência subjetiva” entre prestação e contraprestação.<sup>107</sup> Contudo, no sistema germânico a regra

---

*führung des Rücktritts*, em HUBER/FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, Beck, 2002, p. 237 ss., p. 241 (reconhecendo a solução contratual, embora não parecendo concordar inteiramente com a opção do legislador), STAUDINGER 2012/KAISER, §346, n.m. 107 e 160 (embora a autora criticasse o projeto de reforma, propondo uma redação alternativa – cf. KAISER, *Die Rechtsfolgen*, p. 1059 e 1070), DÖLL, *Rückgewährstörungen*, p. 113 ss., HELLWEGE, *Die Rückabwicklung*, p. 54 e BOELS, *Der Rücktritt*, p. 191 ss. Em sentido diverso, propondo uma redução teleológica do §346/2, 2. parte, KOHLER, *Rücktrittsrechtliche*, p. 687. De acordo com este último autor, nas hipóteses em que o fundamento da resolução radica numa perturbação da equivalência das prestações, o aludido critério não será aplicável, convocando-se antes a regra do §818/2 do BGB (idem, p. 689-690). KOHLER reconhece, porém, que, à luz do §346, não é possível arredar em absoluto o modelo do valor contratual. Criticando a tese de KOHLER, e aderindo à posição dominante, YVES DÖLL, *Rückgewährstörungen*, 118 ss. Segundo DÖLL, além de o critério do §346/2, 2.<sup>a</sup> parte não merecer correções (p. 118 ss.), não haveria também fundamento perante o modelo restitutivo do BGB para confundir a restituição por enriquecimento sem causa com a restituição fundada em resolução (idem, p. 126).

104. DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, 18. ed., Beck, 2008, p. 274, HELLWEGE, *Die Rückabwicklung*, p. 54, MÜKO/GAIER, §346, n.m. 21 ss.
105. REINER SCHULZE, *Bürgerliches Gesetzbuch*, org. REINER SCHULZE [et al ] 7. ed., 2012, anotação ao §346 (cit. SCHULZE, §346), n.m. 15. Cf., porém, KOHLER, *Rücktrittsrechtliche*, p. 688 ss.
106. Assim, cf. STAUDINGER 2012/KAISER, §346, n.m. 4 e 69, BAMBERGER/ROTH/GROTHE, §346, n.m. 9, DÖLL, *Rückgewährstörungen*, p. 12, 57 e 89, HELLWEGE, *Die Rückabwicklung*, p. 53, MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht*, p. 272.
107. CLAUD-WILHELM CANARIS, *Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungsrecht des BGB*, FS für Herbert Wiedemann, Beck, 2002, p. 3 ss., p. 13 e, do mesmo autor, *Einführung*, p. XXXIX. Referindo, de igual modo, que a equivalência subjetiva se mantém, apesar da resolução, HELLWEGE, *Die Rückabwicklung*, p. 54 e DÖLL, *Rückgewährstörungen*, p. 113. A equivalência subjetiva corresponde à relação

---

PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

do valor contratual e subjetivo comporta algumas limitações. Desde logo as que resultam da aplicação do regime do enriquecimento sem causa aos casos previstos no §346/3 do BGB, destacando-se a hipótese de inversão do risco contemplada no §346/3, 1.<sup>a</sup> parte, n. 3, traduzida numa verdadeira “quebra” do sinalagma.<sup>108</sup>

IV. No direito português, em matéria de restituições, vigora, tal como em outros domínios (cf. artigo 566.º), um princípio de prioridade natural, segundo o qual a restituição em espécie precede a restituição em valor. É assim que o artigo 289.º, n. 1, (cf. também o artigo 433.º) refere um dever primário de restituição em espécie (a restituição de “tudo o que tiver sido prestado”) e um dever secundário de restituição do “valor correspondente”, substitutivo do primeiro.

Retomando, também aqui, considerações que já expendemos noutro estudo, constatamos que, partindo da citada norma, a doutrina portuguesa entende que o modelo restitutivo na resolução do contrato por incumprimento é distinto do modelo restitutivo do enriquecimento sem causa.<sup>109</sup> A tese (dominante) da autonomia da prestação restitutória fundada em invalidade do negócio<sup>110</sup> tem, assim, sido reconhecida, perante a “equiparação” do artigo 433.º,

---

entre prestação e contraprestação fixada pelas partes – sobre esta definição, cf. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Äquivalenzvermutung*, p. 6 ss.

108. Cf. MEDICUS/ LORENZ, *Schuldrecht*, p. 274. Os casos de “privilégio” do devedor da prestação restitutória previstos no §346/3 do BGB correspondem: (i) a situações em que o defeito que legitima a resolução se manifesta apenas durante a modificação ou transformação do bem (§346/3, 1.<sup>a</sup> parte, n. 1), (ii) a casos de responsabilidade do credor pela deterioração ou perda do bem ou nos quais os danos se tivessem igualmente produzido com o bem em poder do credor (§346/3, 1.<sup>a</sup> parte, n. 2) e, finalmente, (iii) a casos de resolução legal, quando a deterioração do bem se produziu estando este em poder do legitimado, apesar de ele ter observado a diligência que emprega nos seus próprios assuntos (§346/3, 1.<sup>a</sup> parte, n. 3). Nestas hipóteses, o devedor da prestação restitutória pode reclamar a “contraprestação” restitutória sem ter de restituir em valor além da medida do seu enriquecimento. *Vide*, por todos, STAUDINGER 2012/ KAISER, §346, n.m. 171 ss.

109. No nosso estudo *A prestação restitutória*, p. 703 ss.

110. Assim, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral do Direito Civil*, 4. ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Ed., 2005, p. 625-626, PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, 4. ed., I, Coimbra Ed., 1987, p. 265, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7. ed., Coimbra Ed., 1997, p. 204, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português*, II, III, Almedina, 2010, p. 262-263, LUÍS

---

PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

no que respeita à restituição fundada na resolução do contrato.<sup>111</sup> Na verdade, afastada a proposta de Vaz Serra,<sup>112</sup> o regime do artigo 289.º, n. 1, parece realmente consagrar uma regra de restituição de tudo o que tiver sido prestado, independentemente de existir, ou não, enriquecimento e da medida do mesmo. Fixado este pressuposto, os autores têm procurado densificar um critério de determinação do “valor correspondente”. Segundo Brandão Proença, este cálculo deveria realizar-se tendo em atenção o valor da contraprestação e, na sua falta, com base no valor objetivo da prestação.<sup>113</sup> Em relação à resolução por incumprimento, Paulo Mota Pinto considera também ser de atender prioritariamente ao critério da contraprestação. Não havendo razão para ilidir a presunção de equivalência subjetiva das prestações a favor do critério do valor objetivo, respeitar-se-ia a relação de troca originária. Esta orientação geral não dispensaria, porém, segundo o autor, que se verificasse, caso a caso, se a avaliação traduzida no acordo sobre a contraprestação teria sido, de algum modo, perturbada pelo próprio fundamento da resolução.<sup>114</sup>

Pela nossa parte, num estudo que dedicámos ao assunto considerámos 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 pres-

---

MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no Direito Civil. Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*, Almedina, 2005, p. 442 ss., em particular p. 446-447, DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, reimp., Almedina, 2003, p. 194 ss., MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Ed., 2008, II, p. 976 ss, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio jurídico. Anotação aos artigos 217.º a 295.º do Código Civil*, reimp., Almedina, 2009, p. 108. Contra, entendendo que o regime de restituição das prestações na invalidade do negócio se funda em enriquecimento sem causa (muito embora não seja necessária uma ação autónoma), JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, UCP, 1998, p. 608 ss. Cf. tb. ADRIANO VAZ SERRA, Anotação ao Acórdão do STJ de 12 de Fevereiro de 1980, RLJ 114, (p. 200 ss.), p. 201.

111. Assim, BRANDÃO PROENÇA, *Lições*, p. 297, MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento*, p. 454 ss., MOTA PINTO, *Interesse*, p. 991 ss.

112. Cf. o artigo 3.º da proposta de VAZ SERRA, *Resolução do contrato*, BMJ, n. 68, 1957, p. 382 e p. 153 ss.

113. BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato*, p. 169.

114. MOTA PINTO, *Interesse*, p. 996 ss.

tações convencionada pelas partes.<sup>115</sup> Este parâmetro geral contempla, depois, desvios e ajustamentos. Nos casos em que não tenha sido fixado o valor da contraprestação, nem o modo por que este devesse ser determinado, haverá que atender à regra supletiva prevista no artigo 883.º, n. 1, analogicamente aplicável à prestação restitutória.

Matéria igualmente discutível no direito português corresponde, ainda, à relação entre a restituição e a conduta do *accipiens*. O problema suscita-se na medida em que o artigo 433.º do Código Civil parece fixar um princípio geral ou tendencial de equiparação dos efeitos da resolução aos efeitos da invalidade do negócio jurídico (estes previstos nos artigos 289.º e ss) e o artigo 289.º, n. 3, contempla, por seu turno, uma remissão para os artigos 1269.º e ss., estabelecendo o artigo 1269.º que “o possuidor de boa-fé só responde pela perda ou deterioração da coisa se tiver procedido com culpa”.<sup>116</sup>

V. No direito brasileiro, os contornos da restituição têm merecido um tratamento distinto, em virtude do sistema de resolução judicial em vigor, bem como da circunstância de o Código Civil brasileiro não contemplar uma regulação desta matéria.

A doutrina tem considerado a eficácia retroativa da resolução, com a ressalva de que, nos contratos duradouros, estarão em causa efeitos produzidos apenas a partir do momento em que se verifica a crise contratual (razão pela qual se reserva para estes casos o termo *resilição*).<sup>117</sup> Além disso, à semelhança do que sucede no direito português e do que se verifica, ainda, enquanto regra, no direito alemão, as restituições não parecem dever operar seguindo as regras do enriquecimento sem causa. Examinando o problema, Araken de Assis rejeita a ideia de uma restituição segundo o enriquecimento sem causa, ainda que considere que a relação de liquidação possui um fundamento legal, devendo afastar-se a tese da relação contratual modificada.<sup>118</sup> Está, também, presente a ideia de prevalência da restituição *in natura*. Segundo Ruy Aguiar Júnior, “a restituição há de ser integral, em espécie, se possível pelo equivalente, a

115. No nosso estudo *A prestação restitutória*, p. 709 ss.

116. Sobre o problema, com indicação das principais posições defendidas em Portugal, vide o nosso estudo *A prestação restitutória*, p. 705 ss.

117. ARAKEN DE ASSIS, *Comentários*, ponto 204.2.3, RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 49 e p. 63-64.

118. ARAKEN DE ASSIS, *Comentários*, ponto 204.2.1.

PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

depende da natureza da prestação ou de fato superveniente”.<sup>119</sup> Finalmente, o problema da valoração da conduta do *accipiens* parece colocar-se em termos diversos dos que têm caracterizado a interpretação dominante do Código Civil português. Com efeito, no direito brasileiro o dever de restituição por equivalente não parece ser sensível à “culpa” do *accipiens*.<sup>120</sup>

## 6. RESOLUÇÃO E INDEMNIZAÇÃO

I. O problema da cumulação entre a indemnização e a resolução e, em particular, a questão da suscetibilidade de o credor lesado resolver o contrato e reclamar uma indemnização pelo interesse contratual positivo foi recentemente solucionado por via legislativa na Alemanha.<sup>121</sup> O §325 BGB determina que o direito de exigir uma indemnização num contrato sinalagmático não fica excluído em virtude da resolução. Assim, por exemplo, o comprador pode exigir a restituição do preço pago (cf. §346 BGB) e reclamar o pagamento de uma indemnização pelos custos do negócio de cobertura (§281 BGB).<sup>122</sup> A indemnização em apreço pode, assim, corresponder a uma “indemnização no lugar da prestação”.<sup>123</sup>

II. O direito português oferece uma panóplia rica de posições doutrinárias e uma evolução dogmática interessante. Neste ordenamento jurídico, tem-se discutido desde há algum tempo se a indemnização, no caso de resolução do negócio por inadimplemento, deve ficar limitada ao interesse negativo ou se integra, igualmente, o interesse positivo.<sup>124</sup> O artigo 801.º, n. 2 do Código Civil

119. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 260.

120. *Idem*, *ibidem*.

121. SCHOLZ, *Gestaltungsrechte im Leistungsstörungenrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 287 ss., CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, JZ 2001, (p. 499 ss.) p. 514, BEATE GSELL, *Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz*, JZ 2004, p. 643 ss. e, em dissertação e numa ótica comparatística, THOMAS BACHMANN, *Die elektive Konkurrenz. Eine systematische Untersuchung der Gläubigerrechte bei Leistungsstörungen im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 255 ss.

122. CHRISTIAN GRÜNEBERG, anotação ao §325, em *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck, 2014 (73. ed.) (cit. PALANDT/GRÜNEBERG, §325), n.m. 1.

123. PALANDT/GRÜNEBERG, §325, n.m. 2.

124. Sobre esta discussão pode ver-se JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações*, II, p. 424 ss.

PRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

preceitua o seguinte: “tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro”. A perspetiva da lei é, portanto, a do acolhimento de uma cumulação da resolução e da indemnização enquanto pretensões secundárias do credor. Contudo, a letra da lei, por si só, não inculca qualquer sentido predeterminado quanto ao âmbito da indemnização (interesse positivo ou interesse negativo), emergindo a dúvida num quadrante problemático mais amplo que se pretende com o próprio fundamento e natureza da resolução.

As posições de João Antunes Varela,<sup>125</sup> Carlos Mota Pinto<sup>126</sup> e Inocêncio Galvão Telles<sup>127</sup> confluíam no sentido da limitação do dano indemnizável ao interesse negativo. Recentemente, um setor significativo da doutrina tem convergido no sentido de admitir uma indemnização do interesse contratual positivo.<sup>128</sup> Contudo, ainda se pode notar alguma hesitação quanto a esta possibilidade na jurisprudência dos tribunais, em particular do STJ<sup>129</sup> e distinguem-se, de igual modo, várias posições doutrinárias que depõem no sentido da limitação da indemnização ao interesse negativo, salientando-se a orientação de Luís Menezes Leitão.<sup>130</sup>

A ideia da cumulação da resolução por incumprimento e da indemnização pelo interesse contratual positivo foi preconizada por Baptista Machado.<sup>131</sup> Dos

---

125. JOÃO ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, II, p. 106 ss. e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil*, II, p. 60.

126. CARLOS MOTA PINTO, *Direito das obrigações*, p. 294 e, do mesmo autor, *Cessão*, p. 412.

127. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, p. 463.

128. Para uma visão geral *vide*, entre outros, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições*, p. 303 ss. Admitindo a indemnizabilidade do interesse positivo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, IV, p. 139-140 e p. 158 ss., PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação*, p. 208 ss., PAULO MOTA PINTO, *Interesse*, II, p. 1604 ss., JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições*, p. 303-304.

129. *Vide*, por exemplo, o teor diferenciado dos Acs. do STJ de 15 de dezembro de 2011, relator Conselheiro Álvaro Rodrigues, proc. n. 1807/08.6TVLSB.L1.S1, de 21 de outubro de 2010, relator Conselheiro Barreto Nunes, proc. n. 1285/07, de 12 de fevereiro de 2009, relator Conselheiro João Bernardo, proc. n. 08B4052, e de 24 de janeiro de 2012, relator Conselheiro Azevedo Ramos, processo n. 343/0.4TBMTJ.P1.S1 (interesse negativo). *Vide* também a anotação de PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em caso de resolução do contrato*, p. 315 ss., e a recolha jurisprudencial elaborada pelo mesmo autor em *Indemnização e resolução do contrato por não cumprimento*, p. 64 e p. 76, nota 86.

130. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, II, p. 274 ss.

131. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *A resolução por incumprimento e indemnização*, em *Obra Dispersa*, I, Scientia Juridica, Braga, 1991, p. 195 ss.

---

PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspetivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

vários argumentos invocados pelo autor, avulta a necessidade de uma adequada tutela funcional do credor, a natureza própria da resolução, enquanto liquidação contratual, a insusceptibilidade de negar aquela proteção em virtude do regime dos artigos 905.º e ss. e a própria letra da lei que, segundo o autor, não imporia uma limitação ao interesse negativo.

Na doutrina mais recente, a pertinência da indemnização, pelo interesse contratual positivo foi demonstrada por Paulo Mota Pinto,<sup>132</sup> numa refutação do “dogma (errado) da impossibilidade de uma indemnização por não cumprimento do contrato em caso de resolução por não cumprimento” que nos parece convincente.<sup>133</sup> Depois de examinar as posições contra e a favor desta solução, o autor realçou, em consonância com o entendimento adotado quanto aos métodos de cálculo da indemnização nos contratos sinalagmáticos, que “o cálculo da indemnização pelo método da diferença (...) não opera autonomamente, mas antes mediante a resolução”<sup>134</sup> e que nos casos em que haja resolução o credor pode exigir uma indemnização pelo não cumprimento embora limitado pelo “método da diferença”.<sup>135</sup> Depois, sublinha Paulo Mota Pinto, os argumentos contra a limitação ao interesse negativo são inconcludentes, seja o argumento histórico, o argumento literal (letra do artigo 801.º, n. 2) e argumentos de ordem sistemática baseados no carácter retroativo da resolução ou no artigo 802.º, n. 1, ou no regime de certos contratos como a compra e venda (artigo 908.º e ss.) e a empreitada (artigo 1223.º), entre outros aspetos.<sup>136</sup> Realçando que “a resolução possibilita (...) ao credor afastar as consequências, no plano qualitativo, do inadimplemento, obtendo a restituição da sua contraprestação, sem, porém, pôr o credor perante a alternativa de ter de renunciar ao lucro cessante do contrato”<sup>137</sup> e concluindo que “longe de desequilibrar o sinalagma, a cumulação entre as pretensões restitutória e indemnizatória, pelo interesse no cumprimento, dá, pois, conta dos diversos aspectos afectados pelo não cumprimento, facultando ao credor uma *tutela integral*”.<sup>138</sup>

132. PAULO MOTA PINTO, *Interesse II*, p. 1604 ss.

133. A expressão é utilizada em *Indemnização e resolução do contrato por não cumprimento*, p. 63.

134. PAULO MOTA PINTO, *Interesse II*, p. 1640.

135. *Idem*, p. 1641.

136. *Idem*, p. 1642-1643.

137. *Idem*, p. 1649.

138. *Idem*, p. 1654.

PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

Segundo Menezes Cordeiro, é de “afastar totalmente a doutrina segundo a qual, resolvido um contrato, apenas quedaria, à parte fiel, pedir uma indenização pelo denominado interesse negativo (...)”.<sup>139</sup> Como realça o autor, a doutrina que limita a indenização ao interesse negativo acaba por premiar o contraente inadimplente, sem uma razão bastante, dado que o conceito de resolução não pressupõe uma destruição de todo o contrato, nem de toda a relação obrigacional. Além disso, essa tese seria *contra legem*, uma vez que a lei consagra um direito à indenização de todo o prejuízo (cf. artigo 798.º; cf. também artigo 562.º).

III. No direito brasileiro, perante o teor do art. 475 do CC/2002, podem suscitar-se dúvidas análogas às que têm sido debatidas em Portugal. Não obstante, encontramos na doutrina brasileira, sinais evidentes de aproximação da solução germânica atual, permitindo-se que a composição dos danos abranja tanto interesse negativo quanto o interesse positivo, desde que respeitadas as regras de cálculo do dano.<sup>140</sup>

## 7. CONCLUSÕES

À luz do exposto, é possível extrair as seguintes conclusões:

1. O direito brasileiro, português e alemão partem de uma perspectiva semelhante quanto à necessidade de introduzir limitações à resolução contratual por inadimplemento, não bastando um desvio ao programa obrigacional para que este direito possa ser exercido pelo credor. Contudo, as concretas exigências da resolução por inadimplemento são diferenciadas em cada um dos três sistemas.

2. O sistema brasileiro é de resolução judicial, ao contrário do que sucede em Portugal e na Alemanha, onde a resolução opera extrajudicialmente.

3. No Brasil, em Portugal e na Alemanha parece aceitar-se que o credor não pode resolver o contrato se a circunstância que fundamenta a resolução lhe for exclusiva ou preponderantemente imputável.

139. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, IV, p. 139 e também, em particular quanto à impossibilidade do cumprimento, p. 185.

140. Assim, RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, p. 267, na esteira de PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, vol. 38, p. 340 (na citação do próprio Autor) e p. 269. Segundo AGUIAR JÚNIOR, seria preferível a “solução que melhor componha o interesse de ambas as partes, com predominância para o interesse positivo, de acordo com as exigências da equidade, da qual a indenização é instrumento” (*idem*, p. 269).

PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 2. p. 245-274. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2015.

4. Quanto à impossibilidade de restituir, as soluções parecem ser análogas no direito alemão atual e no direito brasileiro, não se considerando que aquela vicissitude exclua o direito de resolução do credor. É, porém, diversa a solução acolhida pela doutrina dominante em Portugal.

5. Quanto ao conteúdo da prestação restitutória, no direito alemão atual prevalece um modelo de valor subjetivo, modelo este que tem também reflexos importantes no direito português. No Brasil, o problema da opção entre uma restituição aferida em função do valor objetivo ou do valor subjetivo pode também colocar-se.

6. Ainda no plano das consequências, a reforma alemã veio introduzir uma maior clareza quanto à admissibilidade de cumulação da indemnização pelo interesse positivo com a resolução contratual. Nos direitos português e brasileiro, estas matérias podem ainda suscitar dúvidas, embora se reconheça uma tendência doutrinária em sentido análogo à solução legal alemã.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A resolução do contrato na nova teoria contratual, de Clarissa Costa de Lima – *RDC* 55/85 (DTR\2005\429);
- Resolução, rescisão, resilição e denúncia do contrato: questões envolvendo terminologia, conceito e efeitos, de Alberto Gosson Jorge Junior – *RT* 882/87 (DTR\2009\301);
- Resolução de contrato por descumprimento distinção entre mora e inadimplemento, de Antônio Chaves – *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 4/437 (DTR\2012\1305); e
- Resolução dos contratos, de José do Valle Ferreira – *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 4/681 (DTR\2012\1654).