

**O incumprimento bilateral e a jurisprudência portuguesa**

**The concurrent non-performance and the Portuguese Jurisprudence**

**Tomás Selas**

Auditor de Justiça

CEJ — Largo do Limoeiro 1149-048 Lisboa, Portugal

tomasjselas@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-5593-4773>

setembro de 2022

**RESUMO:** O nosso Código Civil está destinado a solucionar os casos em que somente uma das partes incumpra com as suas obrigações contratuais. O presente artigo visa levar a uma reflexão sobre as questões que poderão ser colocadas quando exista um incumprimento do contrato imputável a ambas as partes, partindo da decisão do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14.01.2021, proc. n.º 2209/14.0TBORG.G3.S1. Nele se discute, sobretudo, se é possível apenas considerar o contrato incumprido por referência ao comportamento, não de uma, mas de ambas as partes conjuntamente. Por conseguinte, atendendo à ausência de dados legais, o incumprimento bilateral traz consigo a necessidade de refletir sobre o ajuste das soluções previstas no Código e, simultaneamente, colocar à prova institutos que, embora sirvam adequadamente os casos de incumprimento contratual unilateral, podem revelar-se desajustados para solucionar problemas convocados quando o mesmo seja bilateral. O intérprete aplicador deverá, ainda assim, aplicar o Direito dentro do espírito do sistema normativo e, como tal, procurar as soluções que melhor se adequam à resolução do caso concreto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Incumprimento bilateral; concorrência de culpas; exceção de não cumprimento; sinalagma; *tu quoque*.

**ABSTRACT:** The Civil Code is designed to solve cases where one single party doesn't perform their contractual obligations. The present article aims to be a contribute for the study of breach of contract by two parties, a term used to describe when both parties of a contract fail to perform its contractual obligations, starting from the analysis of the case solved by our Supreme Court of Justice in 14-01-2021, proc. n.º 2209/14.0TBORG.G3.S1 related to a construction/building contract. It discusses if it is possible that the failure of one party can be relevant when the other party was already in a breach of contract. Because our strict law isn't specific enough to solve these problems, we need to consider other principles of justice intended to compose the solutions already established by our Code, that were built to solve the traditional breach of contract.

**KEY WORDS:** Bilateral breach of contract; Contributory fault; Exceptions of non performance; Synallagma; *tu quoque*.

## SUMÁRIO:

1. Introdução
  2. Enquadramento
  3. O problema e a solução adotada pelo Tribunal
    - 3.1. O problema
    - 3.2. A solução
  4. O sinalagma como elemento central na bilateralização do incumprimento
  5. A aplicação do artigo 570.º, do C.C., à obrigação de indemnização
  6. O (eventual) afastamento do abuso do direito, em particular do *tu quoque*
  7. O falso incumprimento bilateral — A exceção de não cumprimento
  8. Breves Conclusões
- Bibliografia

## 1. Introdução

A figura do incumprimento contratual está prevista no nosso Código Civil para dar resposta aos casos em que uma das partes não cumpre com os deveres que emergem do contrato. Por conseguinte, o Direito atribui um conjunto de soluções à parte cumpridora para, então, ora poder desvincular-se das suas obrigações, ora obrigar a outra parte a cumprir. As hipóteses de falta de cumprimento por ambas as partes, porém, não foram expressamente contempladas.

O conceito de incumprimento bilateral carece de um aprofundamento dogmático cuja definição deve conter em si uma tripla função: 1) criadora, no sentido em que visa definir uma certa realidade fáctico-jurídica sem correspondência no texto legal; 2) delimitadora, pois embora não trate de questões que sejam totalmente novas para o Direito, destaca-se de outras realidades vizinhas com expressa previsão legal, sem que todavia devam ser confundidas com aquela; 3) operativa, pois a sua conceptualização deve traduzir com rigor a realidade que se lhe subsume.

Assim, o presente texto visa levar o leitor a uma reflexão sobre um problema que foi recentemente objeto de duas decisões do Supremo Tribunal de Justiça<sup>1</sup>, tendo suscitado problemas específicos que deverão ser desenvolvidos e analisados tomando em consideração a abordagem doutrinária e jurisprudencial também a nível internacional. O tratamento da questão dará, paralelamente, consistência ao conceito de *incumprimento bilateral*, conceito esse pouco explorado pela nossa doutrina e jurisprudência fora dos casos de incumprimento bilateral do contrato promessa<sup>2</sup>.

Em particular, tentaremos delimitar a questão ao seu núcleo essencial, adotando como ponto de partida o recente caso do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça<sup>3</sup> de 14-01-2021, proc. n.º 2209/14.0TBBERG.G3.S1, (Rel. João Cura Mariano). Importa, todavia, fazer um breve enquadramento prévio de modo a assegurar que o problema é devidamente entendido.

<sup>1</sup> Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 14-01-2021, proc. n.º 2209/14.0TBBERG.G3.S1, (Rel. João Cura Mariano) e de 24-02-2022, proc. 13988/19.9T8PRT.P1.S1 (Rel. Rosa Tching), ambos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>2</sup> Para alguns exemplos: VAZ SERRA na R.L.J. n.º 104, anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.12.1969, p. 8 e ss., e na R.L.J. n.º 110, anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Maio de 1976, p. 186, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª ed., Almedina, 2020, p. 343, nota 1, ABEL DELGADO, *Do Contrato-Promessa*, Livraria Petrony, 1978, p. 320-321, BRANDÃO PROENÇA, *Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral. A Dualidade Execução Específica-Resolução*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1996, p.103 cit., p. 95-104, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 48-58, e *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 3.ª Edição, Porto, Universidade Católica, p. 310-318, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Separata do vol. XXX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987, p. 292-295, e *Sinal e Contrato-Promessa*, 14.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 146-148, ANA PRATA, *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 718-721 e 801-804. Na jurisprudência, o tratamento desta questão no âmbito do contrato promessa vem referido nos seguintes arestos: 15.10.2002, Proc. 02A1160 (relator Afonso Correia), 1.04.2008, Proc. 07A4755 (relator Nuno Cameira), 09.09.2008, Proc. 08A1922 (relator Alves Velho), 13.01.2009, Proc. 08A3649 (relator Moreira Alves), 25.11.2010, Proc. 3018/06 (relator Gonçalo Silvano), 11.09.2012, Proc. 3026/05 (relator Fonseca Ramos), 12.09.2017, Proc. 148/14 (relator Júlio Gomes) e 27.11.2018, Proc. 4724/10 (relator Graça Amaral).

<sup>3</sup> Doravante designado apenas STJ.

## 2. Enquadramento

A par das situações típicas de incumprimento contratual — em que uma das partes é responsável por ter dado causa ao incumprimento — existem, não raras vezes, situações em que ambas as partes contribuem culposamente ora para a impossibilidade no cumprimento ora para o incumprimento contratual — sendo, aliás, ambas as situações (incumprimento e impossibilidade culposa por uma das partes) equiparadas pelo nosso Código.

Como veremos, do ponto de vista da solução jurídica, não é indiferente que o incumprimento seja perpetrado por uma ou por ambas as partes:

Quando o incumprimento seja *imputável a uma das partes*, a doutrina vem distinguindo três tipos de situações: 1) *inexecução devida a facto imputável ao devedor*; 2) *inexecução devida a facto imputável ao credor*, 3) *inexecução motivada por caso fortuito ou de força maior*.

A terceira hipótese elencada é enquadrável nos casos de impossibilidade superveniente (objetiva ou subjetiva) não imputável na qual, ontologicamente, não pode ser assacada qualquer responsabilidade às partes.

As duas restantes modalidades referidas versam, pois, sobre casos em que o contraente fiel poderá, com alguma liberdade, lançar mão de diversos remédios previstos (como seja a ação para cumprimento quando a sua realização seja possível, ou resolução por incumprimento, acompanhada, em qualquer dos casos, por um direito a ser indemnizado pelos danos resultantes do não cumprimento<sup>4</sup>). Em suma, o Código Civil vai, pois, dirigido a garantir à parte cumpridora a titularidade de um conjunto de direitos que lhe permitam reagir ao prejuízo patrimonial que advém do incumprimento culposo da outra parte.

*Quando o incumprimento seja imputável a ambas as partes* — isto é, quando o incumprimento seja *bilateral* — a malha legislativa específica relativa ao incumprimento poderá não se revelar ajustada, dado que será necessário aquilatar se o Direito admite que as partes continuem obrigadas a cumprir enquanto uma delas não resolver o contrato, quando ambas incumpriram ou, por outro lado, uma parte logre prevalecer-se dos remédios indistintamente (positivos ou negativos) quando ela própria contribuiu para a inexecução do contrato.

Na verdade, ao passo que nas situações de incumprimento unilateral é deixada uma certa liberdade à parte fiel na escolha das vias destinadas a tutelar a sua posição creditícia (por exemplo, numa situação de mora do devedor, o credor pode escolher entre converter a mora em incumprimento definitivo a fim de resolver o contrato, mas também pode optar pela via do cumprimento coercivo da obrigação), no incumprimento bilateral existem desde logo uma série de questões prévias que deverão ser debatidas: 1) Se uma parte incumpre o contrato primeiramente, como será possível que a contraparte continue vinculada à sua obrigação de modo a que a falta de realização da sua prestação possa ainda ser relevante do ponto de vista do inadimplemento contratual? 2) Considerando a bilateralização do incumprimento, será que

<sup>4</sup> Art. 801.º e ss., art. 817.º e art. 562.º e ss., todos do C.C.

resta algum espaço à resolução contratual com a finalidade de extinguir o contrato, ou este extingue-se automaticamente?

Uma vez que, aparentemente, a lei deixa em branco a solução a dar a estes casos, exige-se uma reflexão sobre esta temática de forma a solucionar os problemas específicos que o incumprimento bilateral coloca, uma vez ponderadas as posições das partes, e sempre com referência ao nosso Direito.

### 3. O problema e a solução adotada pelo Tribunal

#### 3.1. O problema

A situação descrita no acórdão do STJ de 14-01-2021, proc. n.º 2209/14.0TBBRG.G3.S1 (Rel. João Cura Mariano) prende-se, sobretudo, com o incumprimento de um contrato de empreitada imputável a ambas as partes nos seguintes termos: o dono da obra emitiu três letras de câmbio para o empreiteiro dar continuidade à obra. Este último, todavia, não satisfaz a prestação na data acordada, entrando em mora no cumprimento dessa obrigação sem que tenha existido uma manifestação inequívoca e séria no sentido do seu não cumprimento. Contudo, o dono da obra também não pagou o total das letras nas datas do seu vencimento, iniciando uma sucessão de reformas<sup>5</sup> parciais daquelas letras de câmbio. Com esta conduta, o Autor (dono da obra), também incorreu em incumprimento da obrigação assumida, uma vez que a emissão e aceite das letras teve como objetivo permitir à ré o seu desconto de modo a obter a satisfação das prestações relativas ao preço da obra. Aquele acordo pressupunha a emissão, o aceite e o pagamento do seu valor (correspondente ao preço da empreitada).

As decisões dos tribunais inferiores foram contrárias entre si com duas soluções opostas que refletem com bastante expressão o problema que o incumprimento bilateral convoca quando perspectivado sob o paradigma do incumprimento unilateral:

- Em primeira instância não foi reconhecido à Autora (dono da obra) o direito a resolver o contrato de empreitada celebrado com a Ré por ser ter entendido que a Autora desistiu da realização da empreitada, o que determinou a improcedência dos seus pedidos. A tónica coloca-se, portanto, na (in)existência de um direito a resolver o contrato.
- Numa perspectiva contrária, mas mais acertada do ponto de vista valoração do comportamento do dono da obra, em sede de Apelação, a Relação considerou não verificada

<sup>5</sup> Cf. Acórdão do TRG, proc. n.º 200/11.8TBMTR-A.G1 disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) "A reforma de uma letra é a sua substituição por outra, por os intervenientes terem acordado em diferir o vencimento, ou por haver intervenção de novos subscritores ou a eliminação de alguns dos anteriores, ou por o devedor ter efectuado um pagamento parcial, sendo neste caso emitido um novo título com o valor da diferença entre o pagamento efectuado e a dívida inicial. A simples reforma da letra não implica, só por si, a novação da obrigação nela incorporada, sendo necessário — para a extinção e substituição definitiva da obrigação inicial por uma nova —, uma vontade expressa e inequivocamente manifestada nesse sentido, conforme art. 859.º, do C.C.". No caso concreto, as obrigações constituíram-se através de uma transação modificativa (art. 1248.º, do C.C.) com a finalidade de recompor as obrigações resultantes do contrato de empreitada.

qualquer desistência da obra por parte da Autora, tendo, no entanto, mantido a decisão de improcedência dos pedidos formulados pela mesma, todavia com fundamento na falta de demonstração de que a Ré (empreiteiro) tivesse incumprido definitivamente o contrato, uma vez que apenas incorreu numa situação de mora. Se assim é, não assiste qualquer direito à Autora de resolver o contrato.

Repare-se que a controvérsia não se prende com a falta de prova de factos, mas antes com o enquadramento jurídico dos factos. A dificuldade nasce a partir de uma posição de princípio assumida pelos tribunais que é paradigmática do incumprimento unilateral e a partir daí surgem as divergências entre as instâncias, sobretudo saber se o caso levanta um problema de incumprimento definitivo ou temporário e, do mesmo modo, a quem deve ser imputado; a *solução* de que se partiu acabou por ditar o enquadramento do caso e não o contrário. O resultado é inevitável: numa primeira apreciação entendeu-se que o dono da obra desistiu da obra e por essa razão não poderia resolver o contrato; numa segunda, já em sede de Recurso, a decisão foi no sentido da ausência de qualquer incumprimento definitivo da contraparte, e só assim foi porque se desconsiderou que o incumprimento podia ter sido, de facto, bilateral.

Não se pospõe a dificuldade do caso. Na verdade, os tribunais inferiores evitaram dar o avanço que lhes permitiria enquadrar o problema com recurso a um outro tipo de construção. Assim, o STJ, não se limitou a aferir se foi a Autora ou a Ré a incumprir. Ao invés, foi mais além, constatando que o contrato neste caso não foi incumprido por uma das partes, mas sim por ambas. E esse passo é fundamental no entendimento do incumprimento bilateral, pois devolve à figura do incumprimento unilateral os casos em que apenas uma das partes incumpre, e conforma a figura do incumprimento bilateral, onde ambas as partes incumprem.

Como bem refere o Acórdão "(...) note-se que, atenta a descrição constante da matéria de facto provada, não estamos perante um incumprimento unilateral, justificativo de uma subsequente recusa de cumprimento pela contraparte, por invocação da *exceptio*, mas sim na presença de uma verdadeira hipótese de incumprimento bilateral da transação, com reflexo no contrato de empreitada. Na verdade, tendo a transação visado "salvar" a execução do contrato de empreitada, o seu incumprimento, tem como consequência, o incumprimento de ambas as obrigações do contrato de empreitada — realização da obra e pagamento do preço".

Veremos, pois, em que medida poderão ser afetados os laços contratuais quando ambas as partes incumprem sucessivamente os seus deveres sem que se possa afirmar que uma delas tenha incumprido definitivamente o contrato<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Pois, como veremos, quando já exista um incumprimento definitivo de uma das partes, não há lugar a um segundo incumprimento.

### 3.2. A solução

Como consequência da conduta do dono da obra e do empreiteiro, o STJ adotou uma posição que deixou clara: o contrato extinguiu-se em virtude do incumprimento imputável a ambas as partes.

Este entendimento não é sustentado por qualquer consagração direta do Código. Vejamos.

Nos termos do art. 406.º, do C.C.<sup>7</sup>, o contrato só pode extinguir-se *por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei*.

Quanto à primeira hipótese, a do mútuo consentimento, apreciada à luz do art. 236.º, do C.C., concluir-se-á que, para um declaratório normal, colocado na posição do declaratório real, não é possível deduzir que, do comportamento quer de uma, quer de outra parte (isto é, o próprio incumprimento), possa resultar um consentimento prestado a fim de extinguir a relação contratual.

Assim, não sendo possível extrair a existência de mútuo consentimento das partes no sentido de fazer cessar os efeitos do contrato, a busca da solução deverá cingir-se ao elenco de casos em que a lei admite essa extinção, ou seja, no âmbito da 2ª parte do art. 406.º, do C.C.<sup>8</sup>

Nesta senda, a extinção do contrato pode, desde logo, operar por vontade exclusiva de uma das partes, assumindo a natureza de direito potestativo. Contudo, são situações excepcionais, como ocorre nos casos de incumprimento (unilateral), mas apenas quando o credor opte pela via de resolução contratual, cujos efeitos extinguem o contrato, rompendo o sinalagma que une as prestações (arts. 432.º e 801.º, ambos do C.C.)<sup>9</sup>; outros casos serão pensáveis, designadamente aqueles em que, na sequência de uma alteração superveniente das circunstâncias, seja concedido esse direito a uma das partes nos termos do art. 437.º, do C.C, entre outros.

A resolução fundada em convenção é também possível, à luz do art. 432.º, n.º 1, do C.C., e em grande parte dos casos integrará o clausulado contratual.

A solução do acórdão é, pois, inovadora de um certo ponto de vista, dado que afasta a necessidade do recurso à resolução acabada de enunciar pelo facto de ter colocado o problema sob o prisma do incumprimento bilateral. Por conseguinte, nas palavras do STJ, nas situações

<sup>7</sup> O referido preceito no seu n.º 1 dispõe que: "O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei."

<sup>8</sup> Como já foi sendo referido, são por exemplo os casos do art. 980.º, 437.º, mas também os do art. 801.º, n.º 2, do C.C.

<sup>9</sup> A resolução pode operar por lei ou por convenção das partes (art. 432.º, do C.C.). Paralelamente, o art. 801.º, do C.C., nos casos em que o a obrigação emergja de um contrato bilateral, faculta ao credor a possibilidade de resolver o contrato nos casos de impossibilidade por causa imputável ao devedor. O código não prevê expressamente a faculdade de resolver o negócio por incumprimento, pese embora seja pacífico o entendimento defendido no presente no texto, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência. A razão desta ausência é sobretudo histórica e pode ser colmatada com uma leitura articulada dos preceitos do código. Para mais desenvolvimentos sobre a evolução histórica da resolução por incumprimento no Código Civil português, ver MENEZES CORDEIRO, *A Resolução do Contrato*, acessível em <https://portal.oa.pt/media/132086/antonio-menezes-cordeiro.pdf>. Para um desenvolvimento doutrinal, ver BAPTISTA MACHADO, *In Obra Dispersa, Pressupostos da resolução por incumprimento in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, vol. II, p.343 e ss., Coimbra, Iurídica, 1979, mas também BRANDÃO PROENÇA *A resolução do contrato no direito civil — Do enquadramento e do regime*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.



em que “as partes já revelaram o seu desinteresse pelo cumprimento do contrato, não se justifica que a vigência deste fique dependente de um pedido de resolução deduzido por qualquer um dos contraentes, devendo entender-se que ele se extinguiu, com o seu incumprimento definitivo, *cessando o contrato por um duplo comportamento volitivo concludente*”.

Devemos, todavia, distinguir o duplo comportamento volitivo concludente do mútuo consentimento, justamente porque o primeiro, apesar de manifestar uma intenção das partes, não consubstancia em si qualquer mútuo acordo.

Assim, a decisão avançada resulta de uma interpretação do caso à luz do regime da impossibilidade objetiva da prestação quando não seja imputável a qualquer das partes, sendo que o Tribunal aplicou à sorte do contrato solução idêntica àquela prevista no art. 790.º, n.º 1, do C.C. Este é um entendimento acolhido por alguma doutrina no que concerne à temática do contrato promessa, sobretudo no regime aplicável ao destino da contraprestação, considerado à luz do art. 795.º, do C.C.<sup>10</sup>. Deste modo, ambas as vias deixam intocado o princípio *pacta sunt servanda* vertido no art. 406.º, do C.C.

Na verdade, ali entendeu-se que “Esta situação de incumprimento recíproco da solução acordada pelas partes, em Maio de 2009, para ultrapassarem a crise contratual na altura verificada, conjugada com comportamentos concludentes, reveladores de uma perda de interesse mútuo na continuação da execução do contrato de empreitada, sendo essa perda de interesse objetivada pelo desinteresse de ambos os sujeitos dessa relação jurídica, consolidado pelo tempo decorrido, resulta num incumprimento definitivo do contrato, imputável a ambas as partes.”

Noutro aresto<sup>11</sup>, também no âmbito de um contrato de empreitada, ante violações recíprocas dos contraentes, uma das partes — que estava em mora quanto ao cumprimento da sua obrigação — contratou com um 3.º a fim de este último assegurar a execução da empreitada que havia sido interrompida pela contraparte sem justificação. O Tribunal foi pelo mesmo caminho, tendo considerado que no caso concreto estava em causa uma situação de mora prolongada de ambas as partes no que respeita ao cumprimento de deveres acessórios de conduta (e não de deveres principais), dos quais resultou a impossibilidade do cumprimento da prestação para ambos os contraentes.

Ambas as decisões seguiram a via da extinção do contrato *por um duplo comportamento volitivo concludente*<sup>12</sup>, por entenderem ser intolerável que perante uma situação de incumprimento de ambas houvesse espaço a uma qualquer vinculatividade.

<sup>10</sup> Relevantemente, sobre este tema, vide BRANDÃO PROENÇA, do *Incumprimento (...)*cit., p.103. Embora a solução apresentada pelo autor se destine ao incumprimento imputável a ambas as partes do contrato promessa bilateral, cremos ser bastante oportuna a sua consideração no que respeita ao destino da contraprestação no incumprimento bilateral.

<sup>11</sup> Cfr. Ac. do STJ no acórdão de 24-02-2022, proc. 13988/19.9T8PRT.P1.S1 (Rel. Rosa Tching), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>12</sup> Expressão acolhida por ambos os arestos e utilizada por BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 3.ª Edição, Porto, Universidade Católica, 2019, p. 312.

Também negaram, igualmente, qualquer pretensão indemnizatória, por terem considerado existir uma igualdade de culpas no incumprimento.<sup>13</sup>

Contudo, o enquadramento daquele primeiro acórdão segue o caminho do incumprimento definitivo imputável a ambas as partes, mas sem dependência de um pedido resolutório para fazer extinguir os vínculos.

Já o segundo parece seguir a via da impossibilidade do cumprimento, por causas imputáveis a ambas as partes.

Na verdade, não é possível afirmar que em qualquer dos casos tenha existido uma impossibilidade *absoluta* de realização da prestação, pois não existiu nenhum perecimento do objeto do contrato<sup>14</sup>, pelo que o uso dessa designação pode suscitar equívocos.

Deste modo, ante um incumprimento bilateral, deverá considerar-se que o contrato se extingue ou poderá sustentar-se a ideia de que, para haver extinção do contrato, é necessário que um dos contraentes lance mão da resolução? Para a resposta a essa questão, faremos um estudo a partir do sinalagma contratual.

#### **4. O sinalagma como elemento central na bilateralização do incumprimento**

Como já se deixou exposto, no Ac. do STJ, de 14-01-2021, proc. n.º 2209/14.0TBBERG.G3.S1 (Rel. João Cura Mariano) os tribunais inferiores divergiram quanto à possibilidade de o dono da obra resolver o contrato de empreitada. Assim, em primeira instância não foi reconhecido à Autora (dono da obra) o direito a resolver o contrato celebrado com a Ré porque se entendeu que a Autora desistiu da realização da empreitada, o que determinou a improcedência dos seus pedidos. A tónica coloca-se, portanto, ausência de um direito a resolver o contrato porque o incumprimento definitivo foi imputável à autora. Numa perspetiva contrária, em sede de Apelação, a Relação considerou não verificada qualquer desistência da obra por parte da Autora, tendo, no entanto, mantido a decisão de improcedência dos pedidos formulados pela mesma, mas com fundamento na falta de demonstração de que a Ré (empreiteiro) tivesse incumprido definitivamente o contrato. Relevando, neste ponto, sobretudo a inexistência de um incumprimento definitivo por parte da Ré.

Vimos que a solução aplicada pelos tribunais inferiores foi à luz dos quadros o incumprimento tradicional, tendo-se concluído que não houve qualquer incumprimento definitivo por banda do empreiteiro do qual pudesse nascer uma pretensão resolutória na esfera do dono da obra.

<sup>13</sup> Questão que é tratada no ponto 5. *infra*.

<sup>14</sup> Pese embora no 1.º dos arestos enunciados tenha, a certo momento, havido um pedido para alteração do alvará de loteamento da obra por parte do dono da obra, tendo o Tribunal valorado como um comportamento revelador de desinteresse na manutenção do contrato.

É certo que no âmbito do incumprimento bilateral, no que respeita à necessidade de o incumprimento ser definitivo, o raciocínio não diverge daquele aplicável ao incumprimento tradicional: da conduta das partes deverá resultar um incumprimento que seja definitivo.

Todavia, os casos mais compatíveis com o incumprimento bilateral serão aqueles em que o incumprimento é simultâneo, sendo certo que, em contrapartida, serão os casos mais raros.

Quando as condutas não sejam coexistentes, mas sim desfasadas no tempo, terá necessariamente havido um primeiro incumpridor? Havendo um primeiro incumpridor, será correto falar em incumprimento bilateral? É aqui que as dificuldades se agudizam e foi nesse espectro que os tribunais inferiores parecem ter movido.

Parece-nos, todavia, com o devido respeito, que a factualidade arrazoada merecia um enquadramento diferente — como bem fez o STJ —, pois não havia factos suficientes que permitissem afirmar, quer de um lado, quer do outro, uma conduta absoluta e inequívoca no sentido de não cumprir definitivamente o contrato. Razões de justiça, todavia, fazem colocar em evidência o comportamento de ambas as partes e o seu reflexo no contrato visto como um todo, sem que o comportamento isolado de cada uma delas pudesse determinar uma resolução do contrato (precisamente por não consubstanciar qualquer incumprimento definitivo).

A verdade é que o comportamento da segunda parte *incumpridora* nem sempre é uma conduta ilícita. Basta pensar na situação em que o contrato já havia sido definitivamente incumprido quando se dá o segundo incumprimento. Nesse caso, o comportamento do segundo mais não é do que a resposta a uma situação objetiva alterada pela conduta do primeiro incumpridor<sup>15</sup>.

O comportamento do segundo pode ser ilícito apenas na medida em que ainda recaia sobre si um dever de qualquer natureza — como seja o dever de cumprir —, bem como deveres de proteção, quando o sinalagma — apesar do primeiro incumprimento — subsista. Após, num plano objetivo, poderá sustentar-se a necessidade de se apurar as implicações do incumprimento posterior na relação contratual como um todo. Por outras palavras, e explicitando: no caso de o primeiro incumprimento se revelar suficiente para a quebra do sinalagma, a ponto de gerar um direito de resolução, cremos que o concurso das duas causas para a produção do dano poderá falhar. Pelo contrário, quando exista um concurso de causas

<sup>15</sup> Cf. TOMÁS SELAS, *Incumprimento (...)*, cit., pp. 13 e 14. "(...) no caso de os incumprimentos serem desencontrados no tempo, poderá haver lugar a uma atenuação das consequências jurídicas do segundo incumprimento sem que os mecanismos específicos a ele associados tenham sido acionados. Cremos, todavia, que essa atenuação deverá sempre ocorrer num plano objetivo e nunca subjetivo, sob pena de excessiva arbitrariedade. Veja-se: a parte que incumpe em segundo lugar poderia fazê-lo, animada por uma multiplicidade de intentos, em função do conhecimento ou desconhecimento do incumprimento pela sua contraparte, situação que implicaria excessiva incerteza jurídica. (...) Acontece que, por vezes, não é possível determinar quem incumpriu primeiro, o que pode ficar a dever-se, quer aos contornos próprios do caso, quer à circunstância fáctica de ambos haverem incumprido as respetivas obrigações em simultâneo. Acresce, a isto, referir, que tanto o segundo incumpridor poderá, na verdade, invocar, em sua defesa, já ter havido incumprimento pela contraparte; como o primeiro incumpridor poderá, por sua vez, alegar que o incumprimento da contraparte se teria igualmente verificado, na hipótese de o mesmo haver cumprido a sua obrigação. Assim, para que o segundo incumprimento possa ser relevante, a questão que nos devemos colocar é a de saber se o devedor podia e devia ter agido de outro modo.

Em termos gerais, poderemos questionar: será intenção do Direito manter o dever de cumprir o contrato, quando o mesmo resulta incumprido pela contraparte? A figura da exceção de não cumprimento bem como o direito de retenção, apontam claramente para uma resposta de sentido negativo. É que, nestes casos, o incumprimento (temporário) daquele que incumpriu em primeiro lugar fundamenta, afinal, o não cumprimento legítimo pela contraparte".

para o incumprimento, mas nenhuma delas isoladamente assumia gravidade necessária a esse inadimplemento, deverá imputar-se a responsabilidade a ambas as partes, devendo o montante indemnizatório ser determinado em função da gravidade de cada incumprimento.

Este foi também o critério seguido no caso *Zenith Global Solutions, Inc. v. Linden Village Assisted Living Facility*, Washington Court of Appeals, Division 1, de 07-06-2021<sup>16</sup>.

No caso em apreço, decidiu-se em primeira instância pela atribuição de uma indemnização por incumprimento do contrato, de *Linden* a *Zenith*. Nesta senda, aquela recorreu, alegando que *Zenith* teria também incumprido o acordo, concluindo que deveria ser afastado qualquer dever de indemnizar esta última.

*Linden* reconheceu que incumpriu o acordo, mas contrapôs que a recorrida teria incumprido em primeiro lugar, sendo que, logo nesse momento, o incumprimento de *Zenith* justifica o incumprimento posterior de *Linden*.

Por sua vez o Tribunal procurou apurar a relevância do primeiro incumprimento a fim de poder apreciar da licitude do segundo incumprimento.

Concluiu, porém, que o primeiro incumprimento não teria assumido uma relevância determinante que pudesse desobrigar a contraparte da sua obrigação. Entendeu-se que o primeiro incumprimento assentou em meras violações do dever de boa fé por falta de empenho para regularizar certas quantias e, como tal, não consubstanciava qualquer "*material breach [of contract]*". Por conseguinte, a conduta da recorrente, como reação à violação dos deveres do seu contraente, foi também ilícita e, portanto, a atribuição de uma indemnização em primeira instância a *Zenith* foi acertada.

Nas palavras da decisão, "*a breach of a contractual duty by one party does not always discharge the duty of performance of the other party, even though the nonperformance or breach is "willful." As the term "breach" is used, a party who commits a breach is guilty of a wrong for which No. 81490-7-I/10 10 some remedy is available. The remedy varies with the circumstances of each case. Being guilty of a wrong does not make the breaching party an outlaw or deprive the breaching party of all rights, even the rights created by the very contract that is broken*".

A conclusão foi, pois, no sentido de considerar o contrato incumprido por ambas as partes dado que existiu um primeiro incumprimento, que por sua vez não foi determinante a ponto de colocar em causa a finalidade contratual e, por essa razão, o segundo incumprimento (da contraparte), foi também ele ilícito.

À segunda parte incumpridora apenas não foi concedido um direito a ser indemnizada pelo facto de esta não ter conseguido fazer prova de quaisquer danos na sua esfera em virtude do incumprimento da primeira.

<sup>16</sup> Decisão disponível em [www.courts.wa.gov/opinions/pdf/814907.pdf](http://www.courts.wa.gov/opinions/pdf/814907.pdf), consultado em 09 de agosto de 2022.

Cumprirá apontar, pois, que subjacente ao conceito de "*material breach of contract*" reside o próprio sinalagma contratual. Assim, segundo este entendimento, mais uma vez, circunscrição ao tipo de incumprimento (unilateral ou bilateral) depende do reflexo que cada uma das condutas das partes tem no contrato.

Também no caso decidido pelo Ac. do STJ, de 14-01-2021, proc. n.º 2209/14.0TBRRG.G3.S1 (Rel. João Cura Mariano) permite compreender esta questão adequadamente. Em bom rigor, nenhuma das condutas das partes consideradas isoladamente foi suficiente para determinar um incumprimento (unilateral) do contrato; todavia, considerando a finalidade do contrato, tendo em conta os efeitos de cada comportamento no programa contratual como um todo, constata-se que o mesmo resultou frustrado. É claro que a frustração do contrato por ambas as partes é uma conclusão que decorre posteriormente à apreciação da conduta de cada uma das partes, isto é, isoladamente, pelo que deve necessariamente passar pelo crivo prévio do incumprimento unilateral.

Outrossim, o intérprete aplicador deverá ponderar sempre as circunstâncias do caso concreto a fim de concluir se faz ou não sentido a extinção do contrato.

Deste modo, colocar a questão do ponto de vista do sinalagma permite compreender se o incumprimento é *reversível* ou *irreversível*. O sinalagma traduz-se numa necessária reciprocidade e interdependência das prestações principais, a razão fundamental da existência do contrato. Não é necessário à existência de um contrato bilateral que as prestações recíprocas sejam equivalentes segundo um critério objetivo; basta que cada um dos contraentes veja na prestação do outro a compensação suficiente para a sua própria prestação. O que interessa é o juízo subjetivo de cada contraente, o que é decisivo é que cada um deles se obrigue a uma prestação que seja a razão de ser da contraprestação<sup>17</sup>.

A partir daqui podemos desde logo distinguir o sinalagma genético do sinalagma funcional. O *sinalagma funcional* une as prestações no que respeita ao seu cumprimento, acompanha a subsistência do contrato (com relevo, essencialmente, para a exceção de não cumprimento, mas também para a impossibilidade superveniente) de tal modo que o não cumprimento de uma se "repercute necessariamente no ciclo vital da outra"<sup>18</sup>. Por sua vez, *sinalagma genético* une as prestações quanto à sua constituição, isto é, traduz-se num equilíbrio de prestações no que respeita ao momento de formação do contrato constitutivo da sua razão de ser. Reflexo deste último são, por exemplo, os casos de impossibilidade originária da prestação ou de usura (arts. 280.º e 282.º, do C.C.)<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> KARL LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, Chile, Olejnik, p. 266.

<sup>18</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações (...)*, cit., p. 396.

<sup>19</sup> A justificação do recurso a um campo que transcende e se impõe à própria autonomia das partes, sobretudo no caso do 280.º C.C., radica numa "válvula de salvação do sistema" com o objetivo de salvaguardar a sua integridade. Tem por base princípios constitucionais que, todavia, carecem de concretização tendo em conta as circunstâncias do caso concreto. Permite, pois, dar ao intérprete aplicador uma margem de apreciação segundo critérios de razoabilidade, englobando nela padrões éticos e morais transversais a toda a sociedade, segundo um determinado contexto histórico geográfico e económico. Por sua vez, o 282.º tem uma função cuidadora e de limitação da autonomia das partes, visando salvaguardar o equilíbrio objetivo das prestações também com recurso a critérios subjetivos (como seja a exploração da fragilidade da contraparte). Ambos constituem, pois, a pedra angular do sistema, escudando o sinalagma genético contra intromissões na justiça e proporcionalidade contratual. Para mais desenvolvimentos vide *Código Civil Anotado Coord. Ana Prata*, Coimbra, Almedina, 2017.

No incumprimento bilateral podemos afirmar que há uma quebra no sinalagma apenas quando a finalidade do contrato resulte frustrada<sup>20</sup>. Estamos, por isso, situados no sinalagma funcional.

Logo, o sinalagma permite aquilatar o caráter definitivo/temporário do incumprimento, uma vez que o incumprimento de uma obrigação contratual<sup>21</sup> pode não ser suscetível de gerar um incumprimento definitivo. Assim, uma simples mora do devedor (que, em si, já é uma situação de incumprimento, embora não definitivo) não desobriga a contraparte da sua prestação. Daí a relevância do art. 808.º do C.C: uma vez que o credor não fica desobrigado da sua contraprestação, poderá resolver o contrato nos condicionalismos previstos naquele artigo.

Por sua vez, quando o primeiro incumprimento não gere uma quebra do sinalagma — o que deve ser sindicado pelas instâncias judiciais, atendendo aos elementos do caso concreto<sup>22</sup>, a contraparte fiel estará ainda adstrita à sua obrigação, pelo que, se esta última não cumprir, também incorre numa situação de incumprimento — situação em que ambas as partes incumprem e da qual poderá resultar a extinção do contrato.

Considerar que o incumprimento bilateral move-se num quadro de *irreversibilidade* e já não de *reversibilidade*<sup>23</sup> permite ao intérprete aplicador aferir se no caso concreto se justifica a vinculatividade daquele instrumento ou não. O incumprimento do contrato é *irreversível* sempre que o seu cumprimento não seja suficiente para assegurar a sua finalidade e igualmente coloque em causa a justiça das posições subjetivas dos contraentes.

Está, pois, presente a ideia de insubsistência como condição necessária da quebra do sinalagma funcional. A irreversibilidade entendida nestes termos é, pois, bastante próxima da impossibilidade (superveniente) prevista no art. 790.º, do C.C., da qual resulta uma extinção automática do contrato.

A solução é semelhante àquela que Gunther Teubner<sup>24</sup> propõe, embora equacionando o problema nos quadros do BGB Alemão. Na verdade, nos casos de incumprimento bilateral este autor prefere recorrer às regras gerais do cumprimento do contrato, designadamente às soluções previstas para a *impossibilidade de cumprimento*. Interpretar os casos de incumprimento bilateral à luz das normas que regem as situações de impossibilidade afigura-se como a solução mais justa, pois a quebra do sinalagma provocada por um comportamento de ambas as partes é uma situação objetiva que coloca em causa todo o fim contratual.

Por outro lado, do ponto de vista pragmático é também a solução preferível. Como já vimos, no caso concreto, a extinção do vínculo, a operar, traria consigo o problema de saber se, para fazer extinguir os laços contratuais, o exercício do direito a resolver o contrato não se revelaria abusivo, nos termos do art. 334.º, do C.C., solução que poderá suscitar algumas dificuldades, como veremos *infra*<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Este critério é-nos trazido por GHUNTER TEUBNER, *Gegenseitige (...)*, cit., pp. 103 e 104.

<sup>21</sup> Em sentido amplo, de modo a integrar, também, os deveres acessórios de conduta.

<sup>22</sup> Por exemplo, uma simples mora, o incumprimento de um dever acessório de conduta que não assuma relevância no plano contratual como um todo.

<sup>23</sup> GHUNTER TEUBNER, *Gegenseitige (...)*, cit., p. 103.

<sup>24</sup> In GHUNTER TEUBNER, *Gegenseitige Vertragsuntreue*, Alemanha, Mohr Siebeck, 1975.

<sup>25</sup> Cf. p. 21 e ss.

Desta reflexão surge uma nova conclusão: a incidência do incumprimento bilateral torna-se mais facilitada quando pensamos nos contratos duradouros pois, além de consubstanciarem, na maioria das vezes, relações jurídicas complexas<sup>26</sup>, pressupõem relações duradouras cuja execução no tempo vai colocando diversas vicissitudes que, paulatinamente, contaminam o fim contratual a ponto de as partes já não se reverem no acordo a que inicialmente se tinham vinculado (exemplo paradigmático dos contratos de prestação de serviços, dos quais se destacam os dois acórdãos já citados do STJ).

## 5. A aplicação do artigo 570.º, do C.C., à obrigação de indemnização

Nos dois acórdãos citados do STJ<sup>27</sup>, suscitou-se igualmente o problema relativo à indemnização a atribuir quando o contrato seja incumprido por ambas as partes, dado que cada sujeito terá uma quota parte de responsabilidade na produção do dano. A este respeito, considerou-se no Ac. STJ de 14-01-2021, proc. n.º 2209/14.0TBBERG.G3.S1 (Rel. João Cura Mariano) que “No que toca à eventual existência de indemnizações pelos prejuízos resultantes do incumprimento mútuo do contrato, deve aplicar-se a doutrina do art. 570.º do C.C. que permite que o julgador, atenta a gravidade das culpas e as consequências que delas resultaram, atribua uma indemnização, reduzida ou não, pelos prejuízos que resultaram do incumprimento recíproco, ou exclua a existência de qualquer obrigação de indemnização”. Acaba por concluir que, no caso concreto, a indemnização deve ser excluída ao abrigo do art. 570.º, do C.C., uma vez que presumiu serem iguais as culpas dada a ausência de dados de facto que pudessem sustentar outra solução. Esta posição foi sustentada com referência ao parâmetro do art. 497.º, n.º 2, do C.C., dado que aqui o legislador deixou certas coordenadas com o fito de evitar que, na ausência de elementos de culpabilidade, pudesse o tribunal diferenciar as respetivas responsabilidades.

No mesmo sentido, o já referido acórdão do STJ, de 24-02-2022, proc. 13988/19.9T8PRT.P1.S1 (Rel. Rosa Tching) resolveu o problema das indemnizações recíprocas quando exista um incumprimento de ambas as partes, à luz da doutrina do art. 570.º, considerando que “no caso dos autos não se vislumbra existirem razões que justifiquem a atribuição à autora de qualquer indemnização pelos prejuízos decorrentes dos maiores custos que teve de suportar com a contratação de outro subempreiteiro para a execução dos trabalhos contratuais não executados pela R., posto que também ela contribuiu para o incumprimento do contrato de subempreitada celebrado com a ré. Do mesmo modo e tendo a extinção do contrato resultado, automaticamente, do incumprimento definitivo do contrato, imputável a ambas as partes, também não é possível sujeitar a ré a quaisquer sanções.”. Embora não

<sup>26</sup> Pois dela emergem direitos e deveres para ambas as partes, nomeadamente de deveres resultantes da boa fé, que se protelam no tempo e se destinam a assegurar o futuro da relação contratual.

<sup>27</sup> Ac. do STJ de 14-01-2021, proc. n.º 2209/14.0TBBERG.G3.S1 (Rel. João Cura Mariano) e de 24-02-2022, proc. 13988/19.9T8PRT.P1.S1 (Rel. Rosa Tching), disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

conste no corpo da decisão, lê-se no sumário que “Perante uma situação de incumprimento culposo bilateral e não se vislumbrando existirem nos autos elementos fácticos que permitam diferenciar o grau de culpa de cada uma das partes, impõe-se presumir a igualdade de culpas e, conseqüentemente, concluir, à luz do disposto no artigo 570.º, do Código Civil, pela inexistência de qualquer obrigação indemnizatória pelos prejuízos resultantes deste incumprimento”.

Ora, o art. 570.º, do C.C., dispõe que: *“Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”*.

Esta é uma norma que pode ser aplicada quer a casos de responsabilidade contratual, quer a casos de responsabilidade extracontratual. Trata-se de uma disposição que encontra a sua raiz no estabelecimento do nexo causal entre o *facto* e o *dano*<sup>28</sup>: a *ratio* do preceito pretende abarcar as situações em que, no processo causal, não obstante a produção de danos pudesse a certa altura, e em certo ponto, ter estagnado, a conduta *culposa* do lesado contribuiu, todavia, para o seu agravamento/produção. Relativamente à conduta em si mesma considerada (i.e., a conduta própria do lesado que gera danos a si mesmo), os Autores adotam teorias mais ou menos restritivas para explicar o conceito de culpa que lhe está subjacente<sup>29</sup>. Todavia, a doutrina vem entendendo que a culpa do lesado a que o artigo alude não é uma culpa típica, mas um *culpa atípica*, que se basta com a circunstância de a conduta do lesado se afigurar suscetível de agravar os danos causados, não sendo justo que seja o lesante a suportar esse prejuízo “adicional”<sup>30</sup>.

Assim, o art. 570.º, do C.C., supõe a determinação do responsável principal (considerando, quer o elemento literal, quer o enquadramento sistemático da norma na matéria relativa à *responsabilidade do lesante*), numa hipótese em que o lesado contribui com uma conduta própria para a *produção ou agravamento dos danos* (produzidos pelo lesante e pelos quais ele será responsável) não se exigindo que a respetiva conduta seja ilícita. Assim, cumpre notar que, excluídas as situações especificamente previstas, a obrigação de indemnizar nasce, em regra, de apenas um comportamento ilícito, não sofrendo essa regra qualquer distorção nos casos acolhidos pelo art. 570.º, do C.C.; ou seja, a indemnização devida naqueles termos pressupõe, de igual modo, a ilicitude do comportamento do lesante, não pressupondo, contudo, a ilicitude da conduta do lesado para efeitos da exclusão da indemnização.

Dada a importância capital do art. 570.º, do C.C., para o tratamento do incumprimento bilateral, a primeira questão a dirimir neste ponto é a de saber se, pelo facto do incumprimento

<sup>28</sup> Assim, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Coimbra, Almedina, Volume V, Parte Geral, p. 369.

<sup>29</sup> Ver por todos, e de forma sucinta, E. SANTOS JÚNIOR *Mitigation of damages, Redução de danos pela parte lesada e culpa do lesado* in prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos: Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa/ coord. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão, Janeiro da Costa Gomes, pp. 349-365.

<sup>30</sup> Nas palavras de, E. SANTOS JÚNIOR “se nenhuma responsabilidade há quando os danos sejam causados exclusivamente pelo próprio lesado (*casum sentit dominus*), compreende-se que, por maioria de razão lógica e equilibradamente —, a lei determine que seja atenuada a responsabilidade do lesante quando um facto do agente concorra para a produção do próprio dano deste ou o seu agravamento.” in *“Mitigation...”*, cit., p. 349.



do lesado, se poderá entender que existe “culpa do lesado” nos termos daquele preceito e se, por essa via, pode a indemnização ser reduzida ou excluída, ou se, ao invés, o art. 570.º, do C.C., se revela insuficiente para dar resposta à problemática relativa ao incumprimento bilateral, nomeadamente no que respeita à compensação das recíprocas indemnizações.

Entendemos que não é suficiente para resolver a questão, mas serve de importante bússola. Além de não ser indiscutível que o contrato se extinga<sup>31</sup>, será proveitoso fazer a exegese deste preceito para apurar a sua utilidade.

Sabe-se que o surgimento da obrigação de indemnização pressupõe a existência de um facto voluntário (1), ilícito (2), culposo (3) e danoso (4) e, ainda, que se estabeleça um nexo de causalidade entre o facto e dano (5)<sup>32</sup>.

Ora, no âmbito do incumprimento bilateral, e chegados ao art. 570.º, do C.C., estaremos perante duas obrigações de indemnizar cujos pressupostos são autónomos entre si. Por outras palavras, cada um dos contraentes incumpriu a sua obrigação, devendo ser, a cada um, imputadas as consequências do comportamento respetivo; há dois factos voluntários, culposos, danosos e ilícitos. O juízo de censura em relação a cada comportamento é, pois, autonomizado.

O problema principal é que, havendo duas ilicitudes, não será sequer possível distinguir quem é o lesante e quem é o lesado para efeitos da aplicação do art. 570.º, do C.C.; distingui-lo será contrário à própria natureza do incumprimento bilateral (pois, rigorosamente, há dois lesantes).

Nesta senda, Catarina Monteiro Pires defende que o art. 570.º, do C.C. poderá servir os casos enunciados na medida em que “o credor está adstrito, por força da boa-fé, a colaborar no cumprimento do programa obrigacional e a observar deveres de proteção de bens jurídicos do devedor”, pois, não havendo carácter ilícito (por não estar em causa a violação de um dever), não se poderá falar de culpabilidade (por não haver desvio a um comportamento devido)<sup>33</sup>.

Ainda assim, e como bem refere a mesma Autora, a aplicação do art. 570.º, do C.C. não resulta, por si só, afastada. É que, pese embora o artigo valorar a conduta do devedor (nos casos de incumprimento unilateral), está pressuposto que o incumpridor é o único responsável, quedando quer a ilicitude, quer a culpa, na esfera única desse lesante.

A esta nota acresce que, na senda de alguma doutrina alemã, a *ratio* deste artigo apenas alberga os casos de “ilicitude enfraquecida” à qual se daria a relevância de poder atenuar ou excluir uma indemnização, mas nunca a exigência do cumprimento ou de uma pretensão indemnizatória por parte do lesado. Também nós julgamos serem estas as bitolas valorativas

<sup>31</sup> Como vimos, a teoria da extinção do contrato veio colocar em causa a viabilidade do recurso à figura do *tu quoque*.

<sup>32</sup> Entre as várias teorias, seguimos a de ANTUNES VARELA, *Das obrigações em Geral*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2013, 7ª edição, p. 94.

<sup>33</sup> CATARINA PIRES, *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, p.78. Também merece nota BRANDÃO PROENÇA, *Incumprimento (...)*, cit., pois considera que a ideia a reter do art. 570.º pode ser importante para a resolução dos casos de incumprimento bilateral, embora direcionado para o contrato promessa.

do art. 570.º, do C.C.<sup>34</sup>, o qual apenas pressupõe uma só responsabilidade, o que impediria, à partida, a sua aplicação a casos em que ambas as partes fossem responsáveis pela produção dos danos<sup>35</sup>.

Efetivamente, aquele preceito não permite achar qualquer ilicitude no comportamento do lesado, caso em que estaríamos perante duas responsabilidades autónomas.

Além disso, na matéria dos *danos cruzados*, ao carácter ilícito da conduta do *lesado* estará associada a circunstância de esses danos terem de ser produzidos apenas na esfera do lesante (inicial), hipótese bastante destacada do preceito em análise<sup>36</sup>.

Significa, por fim, que a previsão do preceito parece escapar à situação em que há concurso de responsabilidades (mas já não ao mero concurso de culpas).

Na verdade, antes do apurar e ajustar a indemnização consoante o grau de culpa do *principal responsável*, é necessária uma primeira ponderação dirigida ao apuramento do *principal responsável*. É precisamente essa ponderação que o referido preceito leva assente quando atribui relevância à culpa do lesado — tendo como limite máximo a exclusão da indemnização devida. A norma está dirigida ao tratamento de casos de incumprimento (unilateral) em que a conduta do lesado se limita a agravar ou a produzir mais danos, mas não é ilícita.

Assim, nos casos em que exista um incumprimento bilateral, havendo duas ilicitudes e não uma, o art. 570.º, do CC, pelo menos numa interpretação literal, terá de ser afastado<sup>37</sup>, subsistindo o princípio a ele subjacente.

Porém, se é certo que mesmo nos casos em que há um lesante a indemnização possa resultar excluída quando os danos sejam devidos a culpa do lesado (nos termos do art. 570.º, n.º 1, *in fine*, do C.C.), por maioria de razão a mesma solução pode ser equacionada para os casos em que o *lesado* é, também ele, *lesante* (isto é, mais do que culpa na produção dos danos, uma verdadeira responsabilidade no incumprimento). É esta a razão pela qual o art. 570.º, do C.C., é um importante indicador normativo, pois o seu espírito permite orientar o intérprete aplicador nos casos de incumprimento bilateral<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> SCHMIDT REIMER, *Die Obliegenheiten*, p. 104 e SEBASTIAN DÖTTERL, *Wann ist der Gläubiger*, p. 36, ambos Apud. CATARINA PIRES *in Perturbações na Execução*, Coimbra, Almedina, 2020 p. 119 e ss.

<sup>35</sup> Por outro lado, não parece ser de excluir que, nos casos em que não haja danos cruzados, mas apenas um único dano (a conduta do lesado foi culposa e concorreu para a produção do dano), a indemnização possa ser reduzida com esse fundamento. O incumprimento bilateral, apesar de ter como base duas condutas ilícitas individualizadas, poderá produzir danos apenas para uma das partes.

<sup>36</sup> Esta afirmação é relativamente intuitiva. Na verdade, o lesado que, por sua culpa, produz danos em si próprio não comete um ato ilícito suscetível de integrar o 570.º, do C.C.

<sup>37</sup> A posição expressa diverge ligeiramente daquela que se deixou exposta em TOMÁS SELAS, *Incumprimento Bilateral e Tu quoque*, dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2020.

<sup>38</sup> Para PESSOA JORGE o facto de o artigo não exigir mais do que uma conduta culposa, não impede que fiquem abrangidas pela sua *ratio* aquelas com carácter ilícito. Este entendimento serve de importante apoio à tese sustentada no texto, pois estamos no âmbito da obrigação de indemnização resultante do incumprimento bilateral, apesar de o autor — afirmamos sem segurança — não ter tido em mente este tipo de situações. Por outro lado, a transposição deste entendimento para o campo específico do incumprimento contratual imputável a ambas as partes não deve desconsiderar a coexistência de duas posições jurídicas rigorosamente autónomas, motivo pelo qual a sua utilidade merece uma fundamentação acrescida. Vide PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1995.

A culpa de cada uma das partes deverá ser graduada e a responsabilidade pelos danos provocados não deverá extravasar o *quantum* de culpa<sup>39</sup>.

Esta afirmação não significa, porém, que perante diferentes danos sofridos pelas partes numa circunstância de concorrência de culpas semelhante, se afigure justo que uma das partes suporte mais danos do que a outra.

Tal ideia está também subjacente no projeto de quadro comum de referência no âmbito do Direito Privado Europeu (DCFR)<sup>40</sup>. Na verdade, o modelo ali avançado parte do "*mirror principle*", no sentido em que, numa situação de contribuição para a existência (aqui relevando sobretudo a produção direta de danos por via do incumprimento) ou extensão dos danos (caso em que os danos se produzem aquando do primeiro incumprimento e agravam-se com o segundo incumprimento), estes deverão ser reduzidos ou excluídos, pois, uma vez invertidos os papéis, a conduta do lesado gera danos como se de um lesante se tratasse (devendo, desse modo, a responsabilidade do lesante ser reduzida). Só assim se garantirá a tutela de ambas as partes e não apenas de uma delas, dado que, embora caiba ao lesante indemnizar os danos, serão apenas os danos causalmente imputáveis à sua conduta, devendo os danos por causa imputável ao lesado ser, também eles, tidos em conta.

Deste modo, as instâncias judiciais deverão valorar de forma completa e exaustiva as circunstâncias do caso concreto, de modo a determinar a gravidade da conduta de cada uma das partes, evitando aplicar soluções rígidas de concessão ou exclusão total das indemnizações peticionadas, bem como evitar a ficção do art. 497.º, n.º 2, do C.C., procurando apurar concretamente as contribuições para a produção do dano.

Também no Direito Inglês, quer a *Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945*<sup>41</sup>, bem como a *Civil Liability (Contribution) Act 1978*<sup>42</sup>, está consagrada uma solução neste mesmo sentido, da qual se retira que o direito à indemnização não deve ser excluído mesmo que a pessoa lesada tenha também ela culpa nesse dano, tomando em consideração a medida das respetivas culpas.

É este o sentido que se deve atribuir ao art. 570.º, do C.C., pese embora o menor âmbito que o preceito aparenta ter.

<sup>39</sup> Para uma breve enunciação das teorias, vide BRANDÃO PROENÇA, Lições (...) p. 314 e ss.

<sup>40</sup> *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)* / ed. lit. Christian von Bar, Eric Clive, Oxford University Press, Oxford, 2010, Vol. 3: VI.-5:102, p. 3627: "*Where the fault of the person suffering the damage contributed to the occurrence or extent of legally relevant damage, reparation is to be reduced according to the degree of such fault.*"

<sup>41</sup> Consultável em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/8-9/28/section/1>.

<sup>42</sup> Consultável em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/47/section/1>.

## 6. O (eventual) afastamento do abuso do direito, em particular do *tu quoque*

Nas palavras do acórdão já referido<sup>43</sup>, “Encontrando-se o contrato extinto, já não há lugar à sua resolução, assim como, sendo essa extinção também imputável à Autora, não tem este direito a ser indemnizada dos prejuízos que resultaram do não cumprimento integral do contrato de empreitada por parte da Ré. (...) Do mesmo modo, tendo a extinção do contrato resultado, automaticamente, do incumprimento definitivo do contrato, imputável a ambas as partes, e não da expressão de uma vontade resolutive ou de desistência por parte da Autora, também não é possível que a Ré seja titular de um direito de indemnização por um ato de desvinculação unilateral da Autora” (Negrito nosso). Parece, pois, que a ideia subjacente ao entendimento adotado pelo Tribunal radica na existência de *tu quoque*, cuja consequência consiste em bloquear ambas as pretensões resolutive.

Vimos que a solução dos casos de incumprimento bilateral pelo STJ passou, e bem, pela aplicação dos princípios subjacentes àqueles que compõem o corpo normativo da impossibilidade de cumprimento não imputável (art. 790.º e ss., do C.C.). Esta solução afastou qualquer questão que pudesse ser levantada relativamente ao exercício do direito de resolução, pelo que cumpre desenvolvê-la.

Embora a controvérsia não tenha sido levantada pelos tribunais de forma expressa, na doutrina e na jurisprudência alemã e anglo saxónica existem algumas notas orientadoras para uma breve reflexão sobre as resoluções cruzadas e a invocação do abuso do direito<sup>44</sup>. Esta solução erigiu do seio da jurisprudência alemã para dar resposta à ausência de regulação nos casos de incumprimento bilateral numa altura em que os tribunais rejeitavam socorrer-se dos preceitos aplicáveis à impossibilidade. Entendia-se, por conseguinte, que uma parte que tivesse incumprido não poderia prevalecer-se dos remédios previstos para o incumprimento da contraparte sob pena de colocar em causa a fórmula do *tu quoque*. Ou seja, quem atua ilicitamente, em desconformidade com o direito, não pode prevalecer-se das consequências jurídicas (sancionatórias) de uma atuação ilícita da contraparte<sup>45</sup>. Esta era, pois, uma solução (hipotética) alternativa àquela que o acórdão do STJ adotou. Aprofundemos.

Nos casos de incumprimento contratual por uma das partes, uma das atribuições que daí decorre prende-se com a constituição de um direito potestativo na esfera da contraparte de resolver o contrato. Nesses casos, quando não haja interesse na manutenção do vínculo contratual, pode a parte que se arroga do direito, independentemente da vontade da parte faltosa, fazer cessar o vínculo por via da resolução (art. 432.º e ss. C.C.).

<sup>43</sup> Referimo-nos à decisão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14-01-2021, proc. n.º 2209/14.0TBBERG.G3.S1.

<sup>44</sup> Para uma síntese conclusiva, GHUNTER TEUBNER, *Gegenseitige* (...), cit., p. 108.

<sup>45</sup> Cf. GUNTHER TEUBNER, anotação ao § 242, in: *(Alternativ-)Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, vol. II – Allgemeines Schuldrecht, Coord. Rudolf Wasserman*, Luchterhand, Neuwied, 1980, p. 56.

Transpondo este entendimento para o campo do incumprimento bilateral, sempre se diria que, tendo ambas as partes incumprido, qualquer uma delas teria o direito a resolver o contrato para, dessa forma, desvincular-se.

A jurisprudência já se pronunciou a favor da possibilidade de resolver o contrato, mesmo que tenha existido culpa do titular, no aresto do S.T.J. de 02-12-2008 proc. n.º 08A2653<sup>46</sup>, quando entendeu que “a concorrência de culpas no incumprimento não impede, por si só, o direito à resolução do contrato bilateral”<sup>47</sup>.

Recentemente, no Ac. TRP, de 07-04-2022, proc. 285/14.5TVPRT.P2<sup>48</sup>, numa situação em que o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a validade de uma resolução contratual feita operar pela Autora, tendo ficando provado que também ela incumpriu, concluiu que que só à Ré caberia a possibilidade de resolver o contrato, e não à Autora.

Ao invés de negar, desde logo, essa pretensão resolutória com eventual fundamento em *tu quoque*, o Tribunal concretizou, em primeiro lugar, o contributo de cada contraente para determinar a quem caberia o direito a resolver o contrato. Nas palavras do aresto: “importa fazer uma análise cronológica, individual e valorativa do comportamento de ambos os contraentes”; apurando-se que um dos contraentes incumpriu de forma mais grave, ao outro caberia resolver o contrato, mesmo que este último tivesse incumprido.

Um entendimento à luz do *tu quoque* sustentaria que o direito a resolver o contrato assiste à parte que, tendo cumprido o contrato, pretende ver extinto o vínculo. Um entendimento flexibilizado<sup>49</sup>, porém, dirá que o titular incorre em abuso apenas quando o seu incumprimento for mais determinante do que o da sua contraparte.

Esta questão é também abordada pela Doutrina<sup>50</sup>, havendo igualmente diferenciações em função da gravidade de cada um dos incumprimentos<sup>51</sup>. Se forem diferentes as gravidades, só aquele cujo incumprimento seja menos grave poderá lançar mão da resolução ou o Tribunal declará-la judicialmente contra aquele cujo incumprimento seja prevacente.

Assim, questiona-se se o direito a resolver o contrato chega a nascer na esfera de uma parte quando ela própria incumpriu o contrato, pese embora a se afirme a natureza não sancionatória do direito de resolução<sup>52</sup>. Admitindo uma resposta afirmativa a essa questão, urge definir os contornos, limites, ou impedimentos ao exercício de tal direito, designadamente à luz do instituto do abuso do direito. Uma parte que incumpra o contrato e que posteriormente pretenda resolvê-lo, poderá incorrer em abuso na modalidade de *tu quoque*. A resolução por incumprimento destina-se a evitar que uma parte continue adstrita à prestação quando a sua

<sup>46</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>47</sup> Neste sentido *vide* CALVÃO DA SILVA, *Sinal (...)*, cit., bem como VAZ SERRA em Anotação — *R.L.J.*, ano 104, n.º 3442, p. 11 e ss.

<sup>48</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>49</sup> O que, no plano dos princípios, atendendo à sua dimensão de peso, é de incontestável pertinência.

<sup>50</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações (...)*, vol. I, p. 343, nota 1, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento (...)*, p. 292 e ss. e BRANDÃO PROENÇA, *Lições (...)*, p. 311 e ss.

<sup>51</sup> Em particular, BRANDÃO PROENÇA, *Lições (...)*, p. 312.

<sup>52</sup> Assim, BRANDÃO PROENÇA, *Lições (...)* p. 312.

contraparte tenha incumprido. A sua titularidade, contudo, parece ser alheia à conduta da parte que exerce esse direito.

Por outro lado, entender que uma das partes ficará bloqueada no exercício da resolução parece conduzir a soluções pouco desejadas, uma vez que, pese embora o seu incumprimento tenha sido mais grave, o contrato em si já pouca substância terá, dado que ambas as partes revelaram (ainda que com gradações diferentes, que poderão perfeitamente ser tidas em conta na medida da indemnização a atribuir) desinteresse na execução daquele contrato. Dada esta contaminação (por ambas as partes, ainda que em medida diferente), será justo que o destino do contrato esteja apenas nas mãos de uma das partes (quanto ela própria também não adotou o comportamento devido e, como tal, dever ser tutelada a posição da contraparte)?

Parece-nos, pois, que é difícil sufragar o afastamento do direito a resolver o contrato, por este se bastar com uma situação objetiva de incumprimento da contraparte. Efetivamente, nada na lei parece afastar a possibilidade de coexistência entre duas resoluções (cruzadas); por outro lado, no limite, não antevemos quais os critérios para designar apenas um titular em prejuízo da contraparte, a qual verá necessariamente negado tal direito.

Sem prejuízo do que ficou exposto, admitindo a constituição do direito a resolver o contrato em situações de incumprimento bilateral, é de afastar a solução que pretende bloquear o exercício pelo crivo do *tu quoque*, dado que a consequência seria, inevitavelmente, a manutenção do contrato que havia sido incumprido por ambas as partes. Bloquear o exercício da resolução a ambas as partes seria obrigar ao cumprimento daquele contrato, o que está longe de merecer acolhimento, dado não ser uma solução compatível, nem adequada, ao comportamento que as partes manifestaram.

É possível, através desta breve problematização, antever os problemas que o recurso a princípios gerais do Direito — a fim de resolver questões relacionadas com o cumprimento dos contratos — pode colocar. Esta crítica é dirigida por TEUBNER<sup>53</sup>. Em particular, aplicar a figura do *tu quoque* não é isenta de dificuldades e gera situações de incerteza e insegurança jurídicas.

Outra linha de solução, como já adiantámos, passa por resolver o problema nos quadros aplicáveis à impossibilidade, sendo que as razões foram também expostas em sede própria<sup>54</sup>.

Por conseguinte, o *tu quoque* resiste apenas às situações em que não seja possível afirmar um incumprimento definitivo imputável a ambas (caso em que estaremos na situação equiparável à impossibilidade e, portanto, o contrato extingue-se automaticamente), mas sim apenas a uma parte (aquela que pretende resolver), quando o lesado não tenha causalmente contribuído para o incumprimento, mas possa, todavia, ter adotado comportamentos ilícitos do ponto de vista da boa fé ou do ponto de vista do cumprimento das cláusulas do contrato e que todos esses comportamentos não sejam essenciais ou preponderantes, na quebra do

<sup>53</sup> GHUNTER TEUBNER, *Gegenseitige...*, cit., p. 107. Considera que a própria fórmula do *tu quoque* é menos útil do que aparenta ser, uma vez que "está fragmentada" por diversas, confusas, e não imediatamente evidentes, exceções que se revelaram necessárias na aplicação do direito no caso concreto até à data. Preferindo resolver a questão do incumprimento bilateral em regras puramente contratuais, assegurando a "fidelidade à lei", uma vez que utiliza regras gerais abstratas, em vez de intervenções da equidade no caso concreto.

<sup>54</sup> Ver *supra*, ponto 4.

sinalagma<sup>55</sup>, pois nesse caso o comportamento do lesado, isoladamente considerado, não faz nascer um qualquer direito a resolver o contrato (sem prejuízo de estar regulado contratualmente).

Igualmente, situações haverá em que o incumprimento bilateral não redunde numa situação que se deva equiparar à impossibilidade, caso em que deverá admitir-se que a hipótese da resolução contratual é a única via que acautela a extinção do contrato, mas circunscrita aos casos em que uma parte incumpra de forma menos significativa do que a outra, mas também aquelas em que há uma igualdade de imputação no incumprimento<sup>56</sup>. O argumento é sustentado sobretudo nas consequências que resultariam paralisação do direito a resolver o contrato, dado que as partes continuariam adstritas às suas obrigações quando estaria patente uma quebra da confiança.

Tudo dependerá, pois, do caso concreto.

Relativamente à questão de saber se a culpa no incumprimento do contrato poderá obstar à pretensão indemnizatória que dele deriva, a afirmação do acórdão neste ponto é obscura, pois nele se defendeu a impossibilidade do direito de qualquer das partes ser indemnizada<sup>57</sup>, quando em passagens anteriores o Tribunal aquilatou sobre a aplicabilidade do critério previsto no art. 570.º, do C.C., tendo concluído pela exclusão da indemnização com base na igualdade de culpas. Se assim é, haverá uma contradição de fundamentos, dado só ser possível avaliar o montante de indemnização a atribuir, com recurso ao art. 570.º, do C.C., depois de admitir a constituição desse direito, não podendo o Tribunal, depois de excluir a indemnização com base naquele preceito, afirmar a impossibilidade de qualquer pretensão indemnizatória com fundamento no incumprimento da parte que o peticiona. Sobre esta questão já nos pronunciámos em sede própria<sup>58</sup>.

## 7. O falso incumprimento bilateral — A exceção de não cumprimento

O incumprimento bilateral e a exceção de não cumprimento são duas figuras que se excluem pela sua natureza oposta. Para além de, na *exceptio*, nos encontrarmos fora do terreno da ilicitude, outras notas distintivas há que nos permitem melhor dilucidar ambas as figuras<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Seguimos de perto BRANDÃO PROENÇA, *Incumprimento (...)*, cit., p. 99.

<sup>56</sup> Já assim não será para os casos em que parte que incumpriu de modo mais significativo (ainda que posteriormente ao primeiro incumprimento) não poderá prevalecer-se da resolução contratual.

<sup>57</sup> Encontrando-se o contrato extinto, já não há lugar à sua resolução, assim como, sendo essa extinção também imputável à Autora, não tem esta direito a ser indemnizada dos prejuízos que resultaram do não cumprimento integral do contrato de empreitada por parte da Ré. (...) Do mesmo modo, tendo a extinção do contrato resultado, automaticamente, do incumprimento definitivo do contrato, imputável a ambas as partes, e não da expressão de uma vontade resolutiva ou de desistência por parte da Autora, também não é possível que a Ré seja titular de um direito de indemnização por um ato de desvinculação unilateral da Autora".

<sup>58</sup> Ver *supra*, ponto 5.

<sup>59</sup> Como bem refere BRANDÃO PROENÇA, *Do Incumprimento (...)*, cit. p. 96, "as situações de exceção de não cumprimento mais não são do que "incumprimentos unilaterais, justificativos de uma recusa de cumprimento (por invocação de *exceptio*) e preclusivos de qualquer pedido resolutivo, da iniciativa do contraente faltoso". Caberá por isso aferir da gravidade do primeiro incumprimento para poder definir se há um incumprimento unilateral ou bilateral.

O incumprimento bilateral é uma situação de facto em que ambos os contraentes incumpriram, e nenhum deles atuou ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, ao invés do que ocorre na exceção de não cumprimento. A exceção de não cumprimento, sendo um mecanismo de garantia do cumprimento do contrato, visa o cumprimento simultâneo das prestações, sobretudo atuando no âmbito das prestações principais<sup>60</sup>. Isto é, se o incumprimento das partes não tiver carácter definitivo (ou seja, se os incumprimentos não obstarem à realização de ambas as prestações), poderá a outra parte, enquanto não for realizada a prestação, excepcionar o cumprimento da sua contraprestação ou, em contrapartida é possível que a parte não mais pretenda realizar a sua prestação, tendo para tal que lançar mão do mecanismo da conversão da mora em incumprimento definitivo, por via da interpelação admonitória — art. 808.º do Código Civil<sup>61</sup>. Deste modo, a parte que não cumpra o contrato posteriormente, nem sempre o fará de forma lícita e regular, e fazendo-o, estará excluída a hipótese de o incumprimento ser imputável a ambas as partes.

Acresce que a genética de cada uma das figuras assenta em pressupostos bem distintos. O incumprimento bilateral mais não é do que uma expressão utilizada para constatar a quebra irretirável do sinalagma, do qual a extinção do contrato é expressão máxima; a *exceptio*, por seu turno, resume-se a uma forma de fazer, ainda, cumprir o contrato, conforme já acima referimos. Apenas na articulação destas duas figuras, poderá a exceção de não cumprimento, quando exercida fora dos seus limites, redundar numa situação de incumprimento bilateral.

O princípio da boa fé assume um papel relevante no sentido de delimitar os motivos de incumprimento por via da *exceptio*. Esta deve abranger somente as prestações unidas pelo sinalagma, ou seja, no sentido em que uma prestação encontra a sua razão de ser — exclusiva ou principal — na contraprestação. Já o incumprimento bilateral prescinde deste nexos de corresponsabilidade entre prestações dado que a parte poderá incumprir o contrato com violação de outros deveres que não sejam os deveres principais.

Da consagração legal da exceção de não cumprimento, pode, contudo, retirar-se uma intenção normativa, no sentido do tratamento dos incumprimentos bilaterais. Com efeito, o facto de a ordem jurídica, embora nos quadros da exceção de não cumprimento, permitir a uma das partes que não cumpra — sem que a contraparte lhe possa opor tal incumprimento — significa, afinal, o impedimento do exercício de uma pretensão que, não fosse a exclusão da ilicitude do comportamento, operada pelo artigo 428.º, poderia corresponder, no limite, à resolução do contrato. Ademais, a ordem jurídica, no que respeita à aceitação da contraprestação, não proíbe que um credor possa, no momento em que a contraparte o condene ao pagamento do

<sup>60</sup> Para CARNEIRO DA FRADA, é possível excepcionar o cumprimento da obrigação principal no caso da outra parte não adotar um dever acessório de conduta, mas nunca será possível excepcionar ao cumprimento de um dever acessório de conduta. CARNEIRO DA FRADA *in Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Ver também A. MENEZES CORDEIRO, *A violação positiva do contrato in ROA*, ano de 1981, p. 147 e ss.

<sup>61</sup> JOÃO ABRANTES, *A exceção de não cumprimento do contrato no Direito Civil Português, Conceito e Fundamento*. Dissertação de pós-graduação em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 50 e 51.



preço, excepcionar ao cumprimento, enquanto não obtiver o cumprimento simultâneo da contraparte<sup>62</sup>.

Assim a *exceptio* não coincide com incumprimento bilateral, uma vez que a contraparte não incumpriu definitivamente qualquer contrato. Tratar-se-á, apenas, da manifestação mais pura da conservação do sinalagma, no sentido em que o último propósito da *exceptio* é o de obrigar as partes à realização simultânea das prestações<sup>63</sup>.

Em ambos os casos o direito pretende igualar a posição jurídico — formal das partes. Será também essa a rota que deve seguir-se nos incumprimentos bilaterais.

## 8. Breves Conclusões

A análise deste acórdão permitiu apresentar um tema do Direito Civil que tem tanto de rico como de complexo.

Rico, pois coloca à prova várias soluções legais cuja justiça é incontestável perspectivada sob o ponto de vista do incumprimento unilateral, mas que se revela desajustada no tratamento dos incumprimentos bilaterais.

Complexo, pois, exige um profundo conhecimento do jurista das mais básicas noções de Direito Civil para que a justaposição aos factos se traduza num desfecho compatível com as regras e princípios do nosso ordenamento.

Na verdade, o Direito não pode deixar de atender a todos os fatores relevantes para a determinação da responsabilidade contratual, pelo que o incumprimento bilateral assume um papel importante, abrindo caminhos metodológicos destinados a capacitar o intérprete aplicador dos instrumentos necessários e adequados a avaliar ambas as posições jurídicas e daí retirar as consequências contratuais.

Partimos dois casos concretos e do modo como, num deles<sup>64</sup>, o caso discutido nas instâncias inferiores, as quais apreciaram o problema do ponto de vista do incumprimento unilateral. Concluímos que a resolução do problema pela via do incumprimento bilateral foi mais vantajosa e por isso aquele Tribunal andou bem na solução adotada.

<sup>62</sup> ANA FONSECA, *Da recusa de cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito, Em especial na exceção de não cumprimento, no direito de retenção e na compensação*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Coimbra, Almedina, 2015, p. 204.

<sup>63</sup> A parte que invoca a exceção de não cumprimento terá sempre um interesse na conservação do contrato. Se a exceção de não cumprimento tende ao cumprimento do contrato, o *excipiens* deverá ressaltar que a situação de não cumprimento manter-se-á até que a contraprestação seja realizada sob pena de o incumprimento ser considerado ilícito (uma vez que a intenção não seria compelir a outra parte a cumprir em simultâneo). Este entendimento colide com alguns outros entendimentos na doutrina portuguesa que consideram bastar uma situação de exceção, sem ser necessário invocá-la, para produzir os seus efeitos. Todavia, consideramos ser condição necessária a invocação da *exceptio* para a produção dos seus efeitos.

<sup>64</sup> Ac. STJ de 14-01-2021, proc. n.º 2209/14.0TBBERG.G3.S1 (Rel. João Cura Mariano).

Discutindo a aplicabilidade do art. 570.º, do C.C., aos casos de incumprimento bilateral, considerámos que este preceito é um importante indicador, dado que acautela benefícios injustificados da uma das partes com o incumprimento contratual, mas também permite atribuir relevância jurídica à conduta de ambas as partes no que respeita ao montante indemnizatório, flexibilizando a solução em função das necessidades do caso concreto.

Outrossim, regista-se mais uma manifestação do incumprimento bilateral no que respeita às suas múltiplas facetas, salientando a importância de considerar outras normas — designadamente aquelas previstas para a impossibilidade — face ao desajuste das regras relativas ao incumprimento quando o mesmo seja imputável a ambas. Concluímos, assim, que o mecanismo da resolução contratual deverá estar reservado para casos de *ultima ratio* e acautelando sempre o *tu quoque*.

Por não se pretender com este texto uma análise completa, reconhecemos haver ainda bastante caminho a percorrer pelos tribunais e pela doutrina, pois novos problemas surgirão e novos desafios serão colocados à ordem dos nossos Tribunais.

Acautelando a falta de intenção no esgotamento do tema, julgamos que este é um importante contributo a dar para futuros desenvolvimentos de que esta matéria carece, cuja utilidade estará sempre condicionada a uma leitura crítica.

## Bibliografia

ABRANTES, JOÃO, *A exceção de não cumprimento do contrato no Direito Civil Português, Conceito e Fundamento*. Dissertação de pós-graduação em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra, Almedina, 1986

Código Civil Anotado, Coord. Ana Prata, Coimbra, Almedina, 2017

CORDEIRO, MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, Coimbra, Almedina, Volume V, Parte Geral, 2017

CORDEIRO, MENEZES, *A Resolução do Contrato*, acessível em <https://portal.oa.pt/media/132086/antonio-menezes-cordeiro.pdf>

CORDEIRO, MENEZES, *A violação positiva do contrato in ROA*, Ano de 1981

JORGE, PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1995

JÚNIOR, E. SANTOS *Mitigation of damages, Redução de danos pela parte lesada e culpa do lesado* prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa, 90 Anos/ coord. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão, Januário da Costa Gomes, Almedina, 2007

LARENZ, KARL, *Derecho de obligaciones*, I, Chile, Olejnik, 2020

FONSECA, ANA TAVEIRA, *Da recusa de cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito, Em especial na exceção de não cumprimento, no direito de retenção e na compensação*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Coimbra, Almedina, 2015

MACHADO, BAPTISTA, *Obra Dispersa, Pressupostos da resolução por incumprimento in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, vol. II, p. 343 e ss., Coimbra, Iuridica, 1979

PIRES, CATARINA, *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017

PIRES, CATARINA, *Perturbações na Execução*, Coimbra, Almedina, 2020

PRATA, ANA, *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, Coimbra, Almedina, 1999

*Principles, definitions and model rules of european private law: draft common frame of reference (DCFR)* / ed. lit. Christian von Bar, Eric Clive, Oxford University Press, Oxford, 2010, Vol. 3

PROENÇA, BRANDÃO, *A resolução do contrato no direito civil — Do enquadramento e do regime*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996

PROENÇA, BRANDÃO, *Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral. A Dualidade Execução Específica-Resolução*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1996

PROENÇA, BRANDÃO, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 1997

PROENÇA, BRANDÃO, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 3.<sup>a</sup> Edição, Porto, Universidade Católica, 2019

SELAS, TOMÁS, *Incumprimento Bilateral e Tu quoque*, dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2020

SERRA, VAZ, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 104.º Ano, p. 8 e ss.

SERRA, VAZ, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 110.º Ano, p. 186

SILVA, CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Separata do vol. XXX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987

SILVA, CALVÃO DA, *Sinal e Contrato-Promessa*, 14.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2018

TEUBNER, GHUNTER, *Gegenseitige Vertragsuntreue*, Alemanha, Mohr Siebeck, 1975

VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2020

VARELA, ANTUNES, *Das obrigações em Geral*, vol. II, 7.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2013

WASSERMAN, RUDOLF (coord.), *(Alternativ-)Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. II — *Allgemeines Schuldrecht*, Luchterhand, Neuwied, 1980, p. 56

(texto submetido a 25.03.2022 e aceite para publicação a 31.12.2022)