

VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

CUMPRIMENTO IMPERFEITO E GARANTIA DE
BOM FUNCIONAMENTO DA COISA VENDIDA;
ÂMBITO DA EXCEPÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO.

(ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE 31 DE JANEIRO DE 1980)*

Acordam, em conferência, no Supremo Tribunal de Justiça:

A autora, «João Félix da Silva Capucho, Lda.», com sede em Lisboa, intentou pela 5.^a Vara Cível desta cidade, a presente acção com processo ordinário contra a ré «Maximiano e Maximiano, Lda.», com sede em Lameiras, Pero Pinheiro, comarca de Sintra, alegando, em resumo:

A autora é uma empresa que se dedica ao comércio de máquinas, acessórios e materiais para múltiplos fins.

A ré, por sua vez, dedica-se à exploração industrial de mármore e cantarias.

Em 20 de Junho de 1973 a ré encomendou à autora 30 lâminas de diamante, da marca Norton, com 32 dentes cada, destinadas ao seu engenho de serração, ao preço unitário de 5 800\$00.

Algum tempo depois de fornecidas estas lâminas, a ré encomendou mais 20 lâminas idênticas, as quais vieram a ser facturadas conjuntamente com as primeiras, totalizando o valor de ambos os fornecimentos a quantia de 290 000\$00.

Por conta deste valor, a ré entregou à autora, por duas vezes, importâncias que somam o montante de 80 000\$00, estando portanto em débito o saldo de 210 000\$00.

A ré recusa o pagamento deste saldo sob o pretexto de que as lâminas

* B.M.J., 293, 365. O sumário é do autor da anotação e não do Boletim.

vendidas não satisfizeram o período normal de duração, o que não é exacto.

Concluindo pede que, na procedência da acção, a ré seja condenada a pagar-lhe a aludida quantia de 210 000\$00, com juros de mora à taxa legal a contas da citação.

A ré contestou, sustentando, em síntese:

A ré encomendou, na verdade, à autora, mas duma só vez, 50 lâminas de serrar pedra.

A autora deu à ré a garantia do poder de serragem das lâminas para 400 metros quadrados de pedra, condição de compra das mesmas lâminas.

Tal garantia não foi respeitada pela autora, pois as lâminas serraram, no máximo, apenas 150 metros quadrados de pedra.

Esse facto é do conhecimento da autora e até foi por ela confirmado.

A autora, apesar de se haver comprometido a regularizar a sua falta à garantia dada, limitou-se a exigir da ré o pagamento integral do valor das lâminas pela emissão abusiva de letras a prazo de vista.

A ré reagiu contra o abuso da autora, insistindo com esta na regularização do assunto pela remessa de novas lâminas.

A autora não cumpriu o contrato, faltando à garantia e à regularização a que se comprometera e que a ré aceitara.

Deste modo, a acção improcede e, em consequência, a ré deve ser absolvida do pedido.

Houve ainda réplica, em que a autora se limitou a confirmar o seu ponto de vista.

Saneado e condensado o processo, efectuou-se o julgamento, com intervenção do Tribunal Colectivo, que respondeu, sem qualquer reclamação, à matéria de facto quesitada.

A sentença final julgou a acção procedente e, em consequência, condenou a ré no pedido.

Apelou a ré para a Relação, com inteiro êxito, pois este Tribunal, revogando a decisão recorrida, absolveu a ré do pedido.

Recorre agora a autora para este Supremo Tribunal e, pedindo revista, formula, em síntese, as seguintes conclusões:

1.^a — A ré devia ter pago à autora o preço das 50 lâminas vendidas contra a entrega da mercadoria e respectiva factura;

2.^a — Não tendo efectuado tal pagamento, não cumpriu da sua parte a respectiva prestação e, assim, não pode invocar, como meio de defesa, a excepção do incumprimento contratual da autora;

3.^a — A mera anuência da autora à satisfação da garantia contratada não significa qualquer alteração do contrato anterior, nem quanto à «mora debendi» em que a ré já se encontrava e nunca deixou de estar;

4.^a — A decisão recorrida violou os preceitos dos artigos 885.^o, n.^o 1, 428.^o e 921.^o do Código Civil e, assim, deve ser revogada e confirmada a sentença da primeira instância.

A ré, contra-alegando, apoia o julgado.

Tudo visto, cumpre decidir.

1. A matéria de facto apurada configura-se deste modo:

A autora dedica-se habitualmente, e com o fim de lucro, à venda de máquinas, materiais e acessórios para múltiplos fins.

A ré, por seu lado, dedica-se à exploração industrial de mármore e cantarias.

A ré, em 20 de Junho de 1973, encomendou à autora 30 lâminas de diamante, da marca Norton, destinadas ao seu engenho de serração, ao preço unitário de 5 800\$00.

Algum tempo depois, autora encomendou à ré mais 20 lâminas iguais.

As 50 lâminas encomendadas foram entregues duma só vez e facturadas pelo preço total de 290 000\$00.

Por conta desse preço global a ré entregou à autora, por duas vezes, importâncias que somam 80 000\$00.

A autora deu à ré a garantia do poder de serragem das lâminas para 400 metros quadrados de pedra, como condição de compra das mesmas lâminas.

As lâminas serraram, no máximo, apenas 150 metros quadrados de pedra, de que a autora teve conhecimento em 28 de Janeiro de 1975.

Com o fundamento de que as lâminas não satisfizeram o período normal de duração, a ré recusou à autora o pagamento do saldo de 210 000\$00.

A autora, em face do sucedido, ajustou então com a ré enviar-lhe novas lâminas em substituição das aludidas 50 que dessem a diferença de metragem de 150 metros quadrados para os 400 metros quadrados.

A ré, em 3 de Fevereiro de 1975, por carta, insistiu com a autora pelo envio dessas novas lâminas ajustadas, remessa que a autora nunca fez.

2. Descritos os factos apurados, façamos agora a sua análise jurídica.

O contrato de compra e venda é aquele pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço — artigo 874.º do Código Civil.

No caso em apreço, a autora transmitiu à ré a propriedade de 50 lâminas de diamante para serração, da marca Norton, mediante o preço de 290 000\$00, tendo a ré, por conta do preço ajustado, entregue à autora a quantia de 80 000\$00.

Ora, atenta aquela noção e os factos apurados, o negócio jurídico efectuado pelas partes foi um verdadeiro contrato de compra e venda.

Contudo, no caso em análise, as partes não se limitaram a celebrar um simples contrato de compra e venda, com os efeitos normais: transmissão da propriedade de coisa, a obrigação de a entregar e a obrigação de pagar o preço — artigo 879.º do Código Civil.

Na verdade, como resulta dos factos provados, a autora deu à ré a garantia do poder de serragem das lâminas em causa para 400 metros quadrados de pedra.

Trata-se, pois, de uma garantia de bom funcionamento e de duração da coisa vendida — e essa garantia foi a razão de ser da compra, por parte da ré, das lâminas.

Todavia, as lâminas em causa serraram, no máximo, apenas 150 metros quadrados.

A hipótese *sub-judice* enquadra-se no disposto no artigo 921.º, n.º 1, do Código Civil, que dispõe:

«Se o vendedor estiver obrigado, por convenção das partes ou por força dos usos, a garantir o bom funcionamento da coisa vendida, cabe-lhe repará-la, ou substituí-la quando a substituição for necessária e a coisa tiver natureza fungível, independentemente de culpa sua ou de erro do comprador».

Em face deste normativo, a garantia dada pela autora importava, para ela, duas obrigações, independente de culpa sua ou de erro do comprador:

1.ª — Reparar as lâminas, se isso fosse possível;

2.ª — Substituí-las por outras que dessem o poder de serragem ajustado.

A autora, conforme vem provado, optou pela obrigação indicada em segundo lugar: substituir as 50 lâminas inicialmente entregues por outras que dessem a diferença de metragem dos 150 metros quadrados para os 400 da garantia.

Não cumpriu, porém, essa obrigação, nunca substituindo as lâminas entregues de início por outras nas condições ajustadas.

Não obstante essa sua falta, veio pedir à ré, nesta acção, o resto do preço das lâminas entregues inicialmente, mas que não cobriram a garantia dada.

A ré, porém, recusa-se a tal pagamento, invocando a inexecução do contrato por parte da autora.

E com inteira razão.

Como atrás se disse, a autora, ao vender à ré as 50 lâminas de serração, assumiu, de modo válido, uma obrigação de garantia: a de essas lâminas terem um poder de serragem de 400 metros quadrados de pedra.

Essa obrigação de garantia não se verificou no entanto — as lâminas apenas serraram, no máximo, 150 metros quadrados de pedra.

Dado esse defeito das primeiras 50 lâminas, a autora acordou com a ré em entregar-lhe novas lâminas que dessem a diferença de serragem de 150 metros quadrados para 400.

Trata-se de um *aditamento* ao contrato inicial, inteiramente válido, que nele se *integrou* e o *modificou substancialmente* (Código Civil, artigos 219.º, 398.º e 405.º).

Em face desse *acordo complementar*, a autora ficou obrigada a uma *nova prestação* para com a ré: a de lhe enviar novas lâminas que dessem a diferença do poder de serragem, constante da garantia assumida.

Não cumpriu, porém, a obrigação clausulada no acordo complementar.

Em face disso, a ré recusa-se a efectuar a *contraprestação*: o pagamento integral do preço.

A atitude da ré tem perfeito cabimento no artigo 428.º do Código Civil.

Este normativo consagra a chamada *exceptio non adimpleti contractus*. Pressupõe ela três condições:

- 1.ª — Ser o contrato bilateral;
- 2.ª — Não efectuar um contraente a sua prestação;
- 3.ª — Não haver prazos diferentes para o cumprimento das prestações.

A primeira e segunda condições verificam-se sem a menor dúvida: o contrato efectuado entre as partes é bilateral e a autora não cumpriu a sua prestação: a entrega das novas lâminas.

E a terceira também se observa.

Na verdade, no acordo complementar nada foi estabelecido quanto à ocasião em que a ré devia cumprir a sua obrigação de pagamento.

Sendo assim, o preço das lâminas ainda por liquidar devia ser efectuado pela ré no acto da entrega das novas lâminas — artigo 885.º, n.º 1, do Código Civil.

Deste modo, não havia prazos diferentes para o cumprimento de ambas as prestações.

Mas, mesmo que os houvesse e segundo a melhor doutrina:

«A excepção pode ser oposta pelo contraente cuja prestação deva ser feita depois da do outro, só não podendo ser oposta pelo contraente que devia cumprir primeiro» (Prof. Vaz Serra, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 108.º, ápg. 155).

Assiste, pois, à ré o direito de invocar, a seu favor, a excepção de inexecução por parte da autora — e, assim, recusar a sua prestação enquanto a autora não cumprir primeiramente aquela a que se obrigou, tanto mais que a recusa da ré não contraria o princípio básico da boa fé (artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil, Profs. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, pág. 284, e Prof. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 2.ª edição, pág. 283).

Improcedem, pois, as conclusões da alegação da recorrente, não se mostrando violados os preceitos legais nela indicados.

3. Nega-se, por isso, a revista, com custas pela recorrente.

Lisboa, 31 de Janeiro de 1980.

Costa Soares (*Relator*) — Alberto Alves Pinto — Octávio Dias Garcia.

ANOTAÇÃO

Pelo Dr. António Menezes Cordeiro

1. *A matéria de facto; problemas que suscita.*

I. Debruça-se o presente aresto em matéria assente nas instâncias e que é a seguinte: a autora explora a venda de máquinas e materiais e a ré, mármore; a autora vende à ré um total de cinquenta lâminas de diamante por 290 000\$00, assumindo a garantia de as mesmas poderem serrar 400 metros quadrados de pedra; a ré, que pagara 80 000\$00, apura que as lâminas compradas apenas puderam serrar 150 metros quadrados de pedra, pelo que recusa à autora o pagamento dos 210 000\$00 remanescentes; instada, a autora compromete-se a enviar mais lâminas até ao necessário para atingir o tratamento dos 400 metros quadrados de pedra mas não cumpre; a autora vem, finalmente, exigir judicialmente à ré o pagamento dos 210 000\$00; a ré recusa, alegando o não cumprimento das obrigações assumidas pela autora. A autora ganha na 1.^a instância, perde na Relação e, como se viu, no Supremo.

II. O litígio, para além de evidente relevância prática, tem um interesse muito especial para a Ciência do Direito. Efectivamente, estão-lhe subjacentes algumas das questões mais controversas e actuais do moderno Direito das Obrigações. Sem pretensão de exaustividade, até porque, da causa, apenas conhecemos o texto do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, relevamos: a complexidade do conteúdo

das obrigações, nomeadamente reportada à compra e venda; a violação positiva das obrigações e as suas consequências; o problema do concurso entre as normas de teoria geral das obrigações, aplicáveis em caso da aludida violação positiva e as normas especificamente dirigidas à compra e venda; a posição da excepção do contrato não cumprido, face a esse concurso. Vamos percorrer, com a necessária concisão, o estado actual dessas questões, em ordem a valorar a posição da mais alta instância judicial portuguesa.

2. *Obrigações simples e complexas; prestações secundárias e deveres acessórios.*

I. A discussão em torno do conceito e estrutura da obrigação tem vindo a perder em extensão o que tem ganho em profundidade. Não estão já em causa questões como a da natureza real do vínculo obrigacional ou teorias como a da *Schuld und Haftung*(¹); contudo o alcance exacto da figura, nomeadamente no tocante às implicações que, para os intervenientes, a sua existência acarreta, está em plena discussão. Partindo do princípio que uma coisa é a formulação de um *conceito* e outra a explicitação do seu *conteúdo*(²), temos por exacta a definição, que de obrigação, dá o art. 397.º do Código Civil.

(1) Em geral vide MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações* (1980), 1, pp. 181 e ss.

(2) A diferenciação é clara a nível de direito subjectivo. Este deve ser definido finalisticamente (permissão normativa de aproveitamento de um bem) e não descritivamente (p. ex. direito de usar, fruir, transformar, dispor, etc.). Nesta linha situamos, p. ex., distinções como a de situações estáticas ou finais e situações dinâmicas ou instrumentais (MARCO COMPORTI, *Diritti reali in generale*, (1980), pp. 45-46). Acrescente-se, apenas, que o simples enunciado do direito subjectivo nada avança quanto à realidade que o mesmo garante; donde a correcta designação de conceito jurídico formal — por oposição a conceito jurídico de conteúdo — que por BUCHER lhe é atribuído. Vide EUGEN BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis* (1965), pp. 36 e ss.

Tal simplicidade é, contudo, impossível no tocante ao conteúdo do crédito, o qual não pode cingir-se a um direito do credor a uma conduta do devedor. De facto o credor tem, pelo menos, seguramente, os poderes de interpelar, de recusar prestações inadequadas, de accionar, disso sendo caso, os mecanismos da responsabilidade civil e da agressão patrimonial, de transmitir o seu direito, etc. Perante isso, adivinha-se a complexidade da posição do devedor, aliás nem sempre simétrica perante a do credor. Acresce que os diversos factores acima exemplificados — e muitos outros que, em concreto, é possível descobrir — não surgem, em simultâneo, no espaço jurídico; podem, até, nunca surgir. Daí que a obrigação surja como realidade essencialmente dinâmica e mutável, susceptível de apresentar, ao longo do tempo, um conteúdo diversificado (3). Aparecem assim, epítetos tais como os de «processo», «plano», «estrutura» e «organismo»(4) que, quando reportados ao conteúdo — e não ao conceito! — de obrigação nos parecem correctos.

II. A complexidade de conteúdo das obrigações não prejudica a unidade do vínculo, centrado no objectivo de conferir ao credor a vantagem que o crédito delimita. Um único vínculo obrigacional, comodamente definido pelos sujeitos e pela especificidade da conduta devida é uma obrigação simples. Pode contudo suceder que, mercê de vicissitude ocorrida a nível de fontes — normalmente contratos, mas com possibilidade de intervenção de qualquer outro facto constitutivo de obrigações — surjam vários vínculos obrigacionais interligados numa unidade funcional: a obrigação é complexa. A distinção é melindrosa uma vez que toda a obrigação tem um conteúdo complexo. Contudo e visto que a nível da vida a obrigação simples é uma, não se podem, a esta, retirar elementos que, isolados, constituam obrigações.

(3) ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*⁵, A. T., (1976), § 3, III.

(4) ESSER/SCHMIDT, ob. e loc. cit.; LARENZ, *Schuldrecht*¹², A. T. (1979), § 2, V.

P. ex., o poder de interpelar, a ser desinserido da obrigação, não seria, ele próprio, um vínculo creditício. Pelo contrário, na obrigação complexa é possível retirar realidades que, noutras circunstâncias, consistiriam em verdadeiras obrigações (simples) completas. P. ex., contraída uma obrigação complexa de entrega e transporte é possível, em construção, retirar dela seja a obrigação de entrega, seja a de transporte. Na obrigação complexa, a unificação dá-se em torno do escopo fundamental prosseguido pelo conjunto. Deste, destaca-se o elemento que mais directamente o prossegue: é a prestação principal. A outra (ou outras) que funcionalmente a serve é a prestação secundária. No exemplo do texto, a obrigação complexa de entrega e transporte compreende a prestação principal — a entrega — e a prestação secundária — o transporte (5).

III. Da prestação secundária há que distinguir o dever acessório. Numa obrigação distinguem-se, dada a sua complexidade de conteúdo, vários elementos. Destes, isolam-se, pela sua especificidade estrutural, quantos redundem em deveres de conduta, a cargo do devedor. A ideia dos deveres acessórios foi desenvolvido pelos teóricos alemães que primeiro transformaram o conceito de boa fé, de conceito psicológico, em verdadeira realidade jurídica e logo ético-normativa(6). Existem várias formas de abordar esta realidade. Com simplicidade, podemos dizer que, dada a necessidade jurídica de actuar as obrigações de boa fé — art. 762.º, n.º 2, do Código Civil — o vínculo obrigacional não se esgota na execução pura da prestação: antes impendem sobre o devedor toda uma série de deveres acessórios destinados a proporcionar ao credor o bem que o direito lhe confere (7).

(5) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Dirito das Obrigações*, cit. I, p. 304-305.

(6) P. ex., KONRAD SCHNEIDER, *Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches* (1902) § 31, *maxime*, p. 198.

(7) STAUDINGER/WEBER, *Treu und Glauben* (§ 242 BGB)¹¹ (1961), A. 771 (p. 306); SOERGEL/SIEBERT/KNOPP, *BGB — Schuldrecht*¹⁰ (1967),

Existe, na doutrina que desta matéria se tem ocupado, um problema terminológico que só pode ser superado através da introdução de novas distinções (8).

Efectivamente, os deveres acessórios podem ser genéricos ou específicos, consoante respeitem a toda e qualquer obrigação ou, apenas, a um determinado tipo (9). Por outro lado, eles podem, ainda, derivar da lei — mormente da cláusula geral — ou ter sido especialmente pactuados pelas partes. Temos, então, deveres acessórios legais e convencionados (10). Em qualquer caso, repare-se que eles nunca se confundem com prestações secundárias, próprias das obrigações complexas.

IV. Ponto de interesse peculiar é, naturalmente, a determinação dos deveres acessórios genéricos legais, a que, normalmente, chamamos apenas deveres acessórios. A dou-

§ 242, 100 (I, p. 41); PALANDT/HEINRICHS *BGB*³⁹ (1980), § 242, 4 (p. 200); já também PLANCK's *Kommentar zum BGB*⁴, II, 1 (1914) p. 43.

(8) Temos aceitado a designação «dever acessório», utilizada por ANTUNES VARELA — *Direito das Obrigações*³ (1980) p. 107 — para traduzir os *Nebenpflichten*, expressão preferida por ESSER/SCHMIDT ob. cit., § 4 III (I, 1, p. 40). Esta parece ter as preferências da doutrina germânica (p. ex. STAUDINGER/WEBER, ob. cit., A 771; SOERGEL/SIEBERT/KNOPP, ob. cit., § 242, 101; PALANDT/HEINRICHS, ob. e loc. cit., este embora referindo também «direitos acessórios — para citar apenas comentaristas).

(9) Resolvemos, assim, o problema da distinção entre os «deveres de prestação» e os «outros deveres de comportamento» Cf. LARENZ, *Schuldrecht*¹¹ A.T. p. 9 e *Schuldrecht*¹² A.T. p. 10.

(10) A esta última categoria chama LARENZ os «deveres de prestações acessórios» (*Nebenleistungspflichten*) — ob. e loc. cit. E aqui reside a controvérsia: para evitar a confusão entre *Nebenpflichten* e *Nebenleistungspflichten*, LARENZ critica a terminologia de ESSER e chama aos primeiros *weitere Verhaltenspflichten*. A distinção entre *Nebenpflichten* e *Nebenleistungspflichten* parece-nos, contudo, assente por prismas diversos; p. ex., WOLFGANG THIELE, *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung*, JZ, 1967, 650; CHRISTIAN VON BAR, *Nachwirkende Vertragspflichten*, AcP 179 (1979), 464; MARKUS NEUENSCHWANDER, *Die Schlechterfüllung*² (1972) pp. 5-6. Podem ver-se outras designações em RUDOLF MANHART, *Über die Entstehung der Forderung* (1973), p. 25.

trina chama a atenção para a impossibilidade da sua enumeração exaustiva (11); não obstante foram atingidos progressos sensíveis, nesse domínio, cabendo referir os trabalhos de STAUDINGER/WEBER (12), SOERGEL/SIEBERT/KNOPP (13) e PALANDT/HEINRICH (14).

O seu regime levanta delicados problemas à Ciência do Direito que aliás estão por abordar entre nós. Alguns dos traços mais interessantes nomeadamente no tocante aos deveres de protecção, serão, porventura, os seguintes:

- podem preceder o aparecimento da obrigação propriamente dita;
- podem subsistir ainda que a obrigação não surja ou seja nula;
- podem subsistir à extinção da obrigação propriamente dita.

No primeiro caso temos a *culpa in contrahendo* (15) cujos

(11) P. ex. NEUENSCHWANDER. ob. cit., p. 7.

(12) Ob. cit., A. 775.

(13) Ob. cit., § 242, 103 ss.

(14) Ob. cit., § 242, 4 B a-e. A enumeração de SOERGEL/SIEBERT/KNOPP já foi revelada entre nós, por MOTA PINTO — *Direito das Obrigações* (1973), pp. 61-74. Vamos, por isso sumariar apenas a de STAUDINGER/WEBER, retomada de perto por PALANDT/HEINRICH; temos assim seis grupos: 1) Deveres de cuidado em sentido estrito (de guarda, de depósito e de conservação); 2) Deveres de protecção em sentido estrito; 3) Deveres de informação; 4) Deveres de esclarecimento (de exibição, de comunicação, de explicação); 5) Deveres de colaboração; 6) Deveres de assistência. Tudo isto é, depois, longamente desenvolvido.

(15) Na sequência dos trabalhos de EICHLER e BALLERSTEDT, a *culpa in contrahendo* foi definida como a violação de uma relação de confiança, estabelecida entre as partes (p. ex. KURT BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo*, AcP 151, 501 ss.; THIELE, ob. e loc. cit.). Daí derivaria um dever de protecção, que pode ser encontrado na chamada violação positiva do contrato, no contrato com efeito de protecção a favor de terceiro e na responsabilidade do produtor. Além do trabalho de CANARIS, abaixo referido, termos, por último, FRANZISKA-SOPHIE EVANS-VON KRBEK, *Nichterfüllungsregeln auch bei weiteren Verbalten-oder Sorgfaltpflichtverletzungen?*, AcP 179 (1979) 85 e ss.

deveres não mudariam com o surgir do contrato (16); no segundo caso, a subsistência de uma relação de protecção (ou de confiança) (17); no terceiro, responsabilidade pós-contratual ou *culpa post pactum finitum* (18).

Todas estas noções estão, neste momento, em plena reformulação na doutrina, não sendo este o local oportuno para explicar os seus vectores evolutivos. Pareceu-nos contudo útil dar conta da problemática aliciante que levantam.

(16) ULRICH MÜLLER, *Die Haftung des Stellvertreters bei culpa in contrahendo und positiver Forderungsverletzung*, NJW, 1969, 2174.

(17) WALTER GERHARDT, *Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo)*, JuS, 1970, 598 e *Die Haftungsfreizeichnung innerhalb des gesetzlichen Schutzverhältnisses*, JZ, 1970, 535.

Segundo CLAUS-WILHELM CANARIS, *Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen*, JZ, 1965, 476, os deveres de protecção teriam três particularidades essenciais: poderiam existir independentemente de haver deveres de prestar, teriam o seu fundamento jurídico não na vontade das partes mas na relação de confiança e não seriam afectados pelas vicissitudes do contrato, incluindo a nulidade.

(18) Causada por um puro fenómeno de simetrismo jurídico a c.p.p.f., também dita responsabilidade pós-contratual ou, mais perfeitamente, a doutrina da pós-eficácia das obrigações reúne já mais de uma dezena de teses na Alemanha (Cf. STAUDINGER/WEBER cit., A 953 ss., pp. 396 ss.) tendo especial relevância no Direito do Trabalho (p. ex. JOSEF KÄUFFER, *Die Vor- und Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses*, Duren, 1959, pp. 31 e ss. e 37 e ss.). Alicerçada na confiança estabelecida entre as partes, ela permitiria, depois da extinção de um contrato, recorrer aos esquemas da responsabilidade contratual e não meramente aos da delitual (Cf. KARL-WILHELM CHRISTENSEN, *Verschulden nach Vertragsende! (Culpa post contractum finitum)* Kiel (s.d.), p. 95). Uma análise atenta das hipóteses em que a jurisprudência tem recorrido à figura e a ponderação dos estudos que lhe têm sido dedicados revela, ao que pensamos, a existência de várias figuras unificadas sob essa designação. Por último, temos HANS-WOLFGANG STRÄTZ, *Über sog. «Nachwirkungen» des Schuldverhältnisses und den Haftungsmaßstab bei Schutzpflichtverstößen*, in *Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch* (1976), pp. 999 ss. e von BAR, *Nachwirkende Vertragspflichten* cit. que aliás, discorda da sua existência em sentido próprio (maxime p. 474).

3. O problema na compra e venda.

I. Do contrato de compra e venda emergem, no Direito português três efeitos primordiais — art. 879.º: o efeito translativo do direito, a obrigação de entrega da coisa e a obrigação de pagamento do preço⁽¹⁹⁾. Não oferece dificuldade a qualificação deste contrato como bivinculante, sinalagmático e oneroso⁽²⁰⁾: do contrato derivam obrigações para *ambas* as partes, como *contrapartida* umas das outras e ambas suportando *esforço económico*.

O contrato de compra e venda compreende várias modalidades tipificadas na lei e um número indefinido na disponibilidade das partes. A distinção mais importante cinde a compra e venda de coisa — i. é, do direito de propriedade sobre a coisa — da compra e venda de direito⁽²¹⁾. Teremos, naturalmente, em vista, a primeira modalidade.

II. As obrigações de entrega da coisa vendida, a cargo do vendedor e de pagamento do preço, a cargo do comprador, são obrigações simples. Mas sendo obrigações, elas surgem sempre acompanhadas de deveres acessórios de diversos tipos, nos termos acima explicitados. Para além dos deveres acessórios gerais, há que considerar, também, os específicos

(19) O contrato de compra e venda é real *quoad effectum*, quando estejam em causa, naturalmente, direitos reais. No Direito Alemão, é meramente obrigacional pelo que dele emerge a importante obrigação do vendedor de transferir, para o comprador, a coisa (§ 433 BGB), o que se consegue através da tradição ou do registo, consoante a natureza móvel ou imóvel da coisa transaccionada.

(20) Tentámos fixar estas noções na última versão do nosso *Direito das Obrigações* cit. Recordamos que uma coisa é saber se ambas ou apenas uma das partes estão adstritas ao cumprimento (os chamados contratos «bilaterais» e «unilaterais») e outra saber se existe correspectividade, genética ou funcional, entre as prestações. Um exemplo: a promessa «unilateral» do art. 411.º é monovinculante porque só uma parte está adstrita; é sinalagmática porque a ser cumprida, surgem duas prestações correspectivas que integram o definitivo.

(21) Vide LARENZ, *Schuldrecht*¹¹ B.T. § 39, I.

deste tipo contratual os quais ou derivam de lei expressa ou resultam da confluência da cláusula geral da boa fé com o tipo contratual em causa.

Com base em SOERGEL/BALLERSTEDT (22) podemos apontar os seguintes:

Deveres do vendedor:

1. *Legais*: uma série em que avultam os atinentes à responsabilidade por vício da coisa;
2. *Cláusulas usuais no comércio*: como os referentes a embalagens e transportes;
3. *Derivados da cláusula geral*: a) Deveres de informação e instrução; b) Deveres de conservação e protecção; c) Deveres de colaboração e obtenção; d) Deveres de omissão.
4. *Deveres pós-eficazes* (24).

Deveres do comprador:

1. *Legais*: várias, em que avultam as despesas do contrato e acessórias;
2. *Cláusulas usuais no comércio*: como os referentes a vendas *fob*.
3. *Vinculações relativas a preços, vendas e exclusivos*.

Encontramos, como possíveis, outras sistematizações (25).

III. Dos diversos deveres acessórios legais específicos que acompanham as obrigações emergentes da compra e venda, cabe examinar em especial os atinentes a eventual vício da coisa.

Quando se venda coisa genérica, deve entender-se, pelas regras gerais, que deve ser prestada coisa de qualidade média. Pode acontecer que a coisa não tenha essa qualidade ou que,

(23) BGB — *Schuldrecht*¹⁰ (1967), § 433, 66-74 (pp. 575-577).

(24) *Nachwirkungen*: uma vez violados, dariam lugar à chamada responsabilidade pós-contratual. Vide supra nota (18).

(25) PLANCK'S *Kommentar*⁴, II, 2 (1928), § 433, 6 (pp. 651 e ss.); WOLFGANG FIRENTECHER, *Schuldrecht*⁶ (1976), § 66, V, 2 e 3 (pp. 356 e ss.); LARENZ, *Schuldrecht*¹¹ B.T. cit., § 40 e § 42; PALANDT/PUTZO, BGB³⁹ (1980) § 433 (pp. 431-433).

de qualquer forma, não possa satisfazer o fim a que se destina ou não corresponda ao assegurado pelo vendedor. O regime é específico. À partida, teríamos uma de duas situações:

- ou houve dolo do vendedor, e seguir-se-ia a anulabilidade do contrato — art. 254.^o, n.^o 1 — com o regime de indemnização específico do art. 908.^o;
- ou houve erro do comprador sobre as qualidades da coisa e, novamente, o regime seria o da anulabilidade — art. 251.^o — mas desta feita com o regime menos gravoso do art. 909.^o; caso não tenha havido culpa do vendedor, não tem lugar esta última indemnização — art. 915.^o

Este regime, aplicável por força do art. 913.^o, n.^o 1, é, porém, duplamente alternativo:

- a anulação não tem lugar sempre que se mostre que, com conhecimento do defeito, o comprador teria igualmente comprado os bens; ocorre, porém, então, uma redução do preço (art. 911.^o);
- em qualquer caso, e desde que o vendedor não desconheça sem culpa o vício ou a falta da qualidade da coisa, pode o devedor exigir antes a reparação da coisa ou a sua substituição (art. 914.^o); essa obrigação funciona, também, independentemente de culpa do vendedor ou de erro do comprador se, por convenção ou pelos usos, o vendedor está adstrito a garantir o bom funcionamento do objecto (art. 921.^o, n.^o 1).

Repare-se que, aparentemente, no dispositivo transcrito, estão apenas em causa sanções. Mas delas fácil é inferir quais os deveres acessórios existentes face ao vendedor, para não incorrer nas aludidas sanções.

4. *As regras de cumprimento face à matéria do acórdão.*

I. No caso do acórdão, é evidente a existência de uma compra e venda de coisas móveis, sendo a obrigação genérica. Pelos princípios gerais e apesar da omissão da lei portuguesa, deveria ser prestada coisa de qualidade média⁽²⁶⁾. Resultou, no entanto, do contrato, a qualidade da coisa transaccionada: foram vendidas 50 lâminas capazes de tratar 400 metros quadrados de mármore, contra o preço global de 280 000\$00, embora calculado por unidade.

Não se tendo estabelecido o momento do cumprimento, há que aplicar as regras gerais; e são elas: no tocante à entrega da coisa, ela pode ser a todo o tempo oferecida pelo vendedor ou, também a todo o tempo, exigida pelo comprador — artigo 777.º, n.º 1; uma vez feita a entrega, o preço deve ser pago nesse mesmo momento — artigo 885.º, n.º 1. Quanto ao lugar do cumprimento: a coisa deve ser entregue no local em que se encontrava — artigo 773.º, n.º 1 — e o preço pago no mesmo local — artigo 885.º, n.º 1.

Todas estas regras são puramente supletivas, podendo pois ser alteradas por convenção; acresce que, no tocante ao preço, a lei faz ainda cedência em relação aos próprios usos — artigo 885.º, n.º 2.

II. É certo, pelo texto do acórdão, que a Ré não pagou o preço no momento da entrega. Não sabemos, porém, se, para tal, tinha a cobertura de convenção ou dos usos. Caso a resposta fosse negativa, haveria já mora do devedor (comprador), por força do art. 805.º, n.º 2, alínea a).

No tocante às qualidades da coisa, houve, na matéria do acórdão, uma evolução. Inicialmente, a vendedora assegurara à compradora determinada qualidade das coisas — o tra-

(26) No BGB, a solução resulta expressamente do § 243. No nosso Direito, propomos solução idêntica, filiando-a no princípio da boa fé (MENEZES CORDEIRO, ob. cit., I, p. 345). No caso da compra e venda, tal saída está claramente implícita no art. 913.º, n.º 2.

tar 400 metros quadrados — qualidade essa que, veio-se a verificar, a coisa não tinha. Daí que:

- ou se provava culpa do vendedor, e este teria de substituir ou reparar a coisa, se o comprador o exigisse — art. 914.º;
- ou tal não se demonstrava e quedava, ao comprador, a anulação do contrato por erro — art. 909.º — mas sem a indemnização aí referida — art. 915.º ou, então, a redução do preço — art. 911.º, *ex vi* 913.º, n.º 1.

Posteriormente, a vendedora reconhece o vício da coisa e compromete-se a remediá-lo. Parece, então, haver a assunção da garantia do bom funcionamento da coisa, caindo-se na previsão e regime do art. 921.º, acima exposto.

III. O cerne da questão é, porém, outro: em que medida são compatíveis as regras específicas da violação de contratos de compra e venda com as regras gerais do incumprimento das obrigações?

5. *A violação positiva do contrato.*

I. O devedor adstrito à efectivação de uma prestação pode violar o seu dever por uma de duas formas:

- ou pelo puro e simples incumprimento;
- ou impossibilitando a prestação.

No caso português dispõem, respectivamente, os artigos 798.º e 801.º, n.º 1, do Código Civil.

Existe, no entanto, uma terceira possibilidade que a lei civil não refere expressamente⁽²⁷⁾. A de ter havido um

(27) Vem referida pelo art. 799.º, n.º 1, mas apenas para regular o ónus da prova, que incumbe ao devedor. Reconhece expressamente a lacuna PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações* (1967), p. 479. Este autor propõe a integração com base nas regras da empreitada (art. 1218.º e ss.) que considera como o aflorar de princípios gerais. ANTUNES VARELA

cumprimento defeituoso (28). O Código Civil prevê hipóteses específicas de cumprimento defeituoso nos contratos de compra e venda (905.º e ss. e 913.º e ss.), doação (957.º), locação (1032.º e ss.) e empreitada (1218.º e ss.). Algumas dessas regras são manifestamente especiais ou, até, excepcionais. Outras são porventura susceptíveis de traduzir o afloramento de princípios gerais. Há, pois, que indagar se existem, ou não, regras gerais para o cumprimento defeituoso do contrato e se tais regras se aplicam cumulativamente nos casos especificamente objecto de previsão legal (29).

II. Pouco depois da entrada em vigor do BGB, o problema da não referência, no seu texto, à hipótese de cumprimento defeituoso, foi tratado, por STAUB, como lacuna (30). Para a sua integração propôs STAUB a doutrina da violação positiva do contrato: a violação da obrigação poderia advir não só de omissões mas também de actuações positivas.

— *Das Obrigações em Geral*³ (1981), II, pp. 120 e ss. não o diz tão claramente, mas reconhece-o, dada a integração que realiza.

(28) O problema vinha considerado por MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*³ (1965) pp. 326-327, aliás sob o título de violação contratual positiva; o Código de Seabra não lhe dava, também, cobertura expressa. No âmbito da preparação do actual Código Civil, VAZ SERRA dedicou à matéria o seu estudo *Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor*, BMJ, 47 (1955) pp. 65 e ss. Este autor proporia o tratamento expresso do problema no Código Civil (ob. cit., pp. 95-96); a sua proposta não vingaria.

(29) Outra hipótese não referida na lei seria a quebra de contrato (*Vertragsbruch*); Cf. FIKENTSCHER, ob. cit., § 42, 1, 2, d) (p. 185). A quebra de contrato diria sempre respeito à violação da prestação principal e não de deveres acessórios; pressuporia um contrato válido; seria uma violação praticada por uma parte e não por terceiro; teria ainda de ser conduzida por parte obrigada; não haveria quebra se surgisse uma justificação para o facto — p. ex., declaração de greve. Vide KLAUS FRIEDRICH, *Der Vertragsbruch*, AcP 178 (1978), 477, 478 e 479. A hipótese está por investigar, à face do nosso Direito.

(30) Cf. FRITZ WESTHELLE, *Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung*, (1978) p. 9.

A actual doutrina alemã continua apegada à ideia de que há lacuna; assim WOLFGANG THIELE, *Leistungstörung und Schutzpflichtverletzung*, JZ,

O problema da violação positiva do contrato ou, se se quiser, mais latamente, da violação positiva do crédito, levanta hoje ainda uma polémica crescente, que podemos centrar em três pontos fundamentais:

- o seu âmbito;
- o seu fundamento e o seu regime;
- as suas relações com as previsões específicas de cumprimento defeituoso.

III. No tocante ao âmbito da figura, fazem ENNECERUS/LEHMANN notar que não constam do BGB violações atinentes ⁽³¹⁾:

- 1 — Aos deveres acessórios resultantes do § 242;
- 2 — Ao mau cumprimento em sentido estrito (p. ex., prestação de animal doente que contagia os restantes do credor);
- 3 — À falta de uma prestação singular numa obrigação periódica, que implica, também, violação do conjunto;
- 4 — Mediante procedimento ofensivo de uma parte contra a outra, num contrato duradouro que exija colaboração e confiança mútua;
- 5 — À declaração do devedor de não ir cumprir a prestação devida.

1967, 653; DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht*⁷ (1975) n.º 247 (p. 109); FIKENTSCHER, ob. cit., § 47, I, 1; PANOJOTIS AL. PAPANIKOLAOU, *Schlecht-erfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter* (1977), § 3 (p. 20); LARENZ *Schuldrecht*¹² A.T. cit., § 24, I.

(31) *Recht der Schuldverhältnisse*¹⁵ (1958) § 55, I (pp. 234 e ss.); PHILIPP HECK, *Grundriss des Schuldrechts* (1929), reimpressão (1958) refere a violação de prestação de non facere e o mau cumprimento (§ 40, I, p. 118); HANS BROX, *Allgemeines Schuldrecht*⁶ (1977) refere, como hipóteses de p.V.V. (n.ºs 294-297, pp. 159-160): a violação de deveres acessórios, o mau cumprimento de prestação principal, a violação singular em obrigação sucessiva e a declaração de não querer cumprir. Referimos, em geral, ainda STAUDINGER/WEBER, ob. cit., B 421 e ss., SOERGEL/SCHMIDT, ob. cit., § 275, 32 e ss.; PALANDT/HEINRICH, § 276, 7.

IV. O fundamento e o regime desta figura são objecto de complexo debate, de que podemos, apenas, dar breve nota. Apresentemos algumas teorias.

Segundo uma orientação, não haveria, aqui, qualquer lacuna: a chamada violação positiva do contrato poderia, ainda, ser reconduzida à impossibilidade⁽³²⁾.

Uma outra, clássica, insere este problema na violação da boa fé⁽³³⁾.

A repetição de julgados e a convicção de obrigatoriedade da figura, hoje pacífica, levam autores a defender a existência, aqui, de direito consuetudinário⁽³⁴⁾.

A inexistência de normas a aplicar leva outros autores, a defender o recurso à analogia para colmatar a lacuna⁽³⁵⁾.

O sector mais avançado propugna a existência de um dever de protecção, de base legal⁽³⁶⁾.

Fica por resolver a questão do concurso com previsões específicas de cumprimento defeituoso⁽³⁷⁾. Pela importância deste ponto para o mérito da causa, vamos dedicar-lhe uma rubrica própria.

(32) JURY HIMMELSCHNEIN, *Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung* AcP 158 (1959-60), maxime p. 288. REINHARD WICHER, *Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung*, idem AcP 158, pp. 297 e ss., maxime p. 301 faz notar que no fundo tudo depende do próprio conceito de prestação.

(33) A boa fé acaba aliás, por ser sempre apontada, quando se busca apoio jurídico-positivo. P. ex. CANARIS ob. cit., 477-479 e 482. FRANZ WIEACKER, *Zur Rechts-theoretischen Präzisierung des § 242 BGB* (1956), p. 24, integra o dever de protecção na função de *officium iudicis* do § 242.

(34) LARENZ, *Schuldrecht*¹² cit., § 24, I (p. 301); SOERGEL/SCHMIDT, ob. cit., § 275, 37 (p. 264).

(35) ENNECCERUS/LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*¹⁵ cit., § 55, II (p. 237).

(36) Sirvam as obras de CANARIS, THIELE, MÜLLER, GERHARDT e EVANS-VON KRBEK citadas supra notas (15), (16) e (17).

(37) Considerando como tais, no caso vertente, as constantes dos artigos 913.º e seguintes do Código Civil, para a compra e venda.

6. *Consequências da violação positiva do contrato; concurso com o regime específico da compra e venda.*

I. Interessa agora tomar posição quanto às consequências da violação positiva do contrato. Para o efeito — e como aliás se infere do enunciado do âmbito da figura — há que reconhecer reunir essa expressão realidades heterogêneas ⁽³⁸⁾. Com base no âmbito que nos advém dos autores alemães, podemos distinguir:

- o mau cumprimento da prestação principal;
- o não cumprimento de deveres acessórios;
- o não cumprimento de prestações secundárias.

Outras figuras, como a declaração do devedor de não cumprir e a violação de prestação singular em obrigação sucessiva levantam, em nosso parecer, problemas diferentes. A primeira, a ser séria, provoca a antecipação do prazo do vencimento — vencimento imediato ⁽³⁹⁾ — seguindo-se as situações do não cumprimento ou da impossibilidade imputável ao devedor, consoante os casos. A segunda, redundando num comum incumprimento, havendo, depois, apenas, debate quanto ao montante da indemnização.

Uma terceira hipótese a afastar — aliás muito referida na doutrina — é a de, através de um cumprimento defeituoso se causarem, ao credor, danos que transcendem o âmbito do contrato. O exemplo mais citado é o de o vendedor de gado transmitir um animal doente, que vai contagiar a manada

⁽³⁸⁾ ESSER/SCHMIDT, ob. cit., § 29, III (II, p. 104). Ou, por outro prisma, uma síntese de conhecimentos históricos (MÜLLER, ob. cit., 2175).

⁽³⁹⁾ Pelo seguinte: quando o devedor, com seriedade, declare não ir cumprir, das duas uma: ou se trata de obrigação «sem prazo» e então o vencimento opera pelo art. 777.º, n.º 1 (só que com incumprimento simultâneo) ou a obrigação tem prazo e então, sendo o prazo estabelecido a favor do devedor, há renúncia ao benefício do prazo, seguindo-se o regime acima referido. As mesmas regras têm aplicação no caso de prazo a favor do credor ou de ambos sendo porém, nessa altura necessária a interpelação do credor (exigibilidade fraca).

do comprador. Aqui há — no que ultrapasse o mau cumprimento da prestação principal — uma comum responsabilidade delitual.

II. O mau cumprimento da prestação principal permite, em nossa opinião, ao credor, recusar o cumprimento: traduz o mau cumprimento da própria obrigação. Isso por aplicação analógica do art. 763.º, n.º 1, do Código Civil: se o credor pode recusar a prestação quantitativamente insuficiente, também o pode fazer em relação à qualitativamente deficitária (40). Posto o que se seguem as regras do incumprimento ou da impossibilidade, conforme os casos. E se a aceitar? Aí, das duas uma:

- ou o credor aceita o cumprimento com desconhecimento do vício e então pode fazer anulá-lo por erro, seguindo-se, novamente, as regras da impossibilidade ou do incumprimento;
- ou há esse conhecimento e então cabe averiguar, perante o caso concreto, se houve dação em cumprimento, novação, remissão ou outra figura, seguindo-se o regime correspondente.

O não cumprimento de dever acessório deve, ao que pensamos, ser equiparado, para todos os efeitos, ao mau cumprimento da própria obrigação, uma vez que, como foi visto, o dever acessório se inscreve no conteúdo desta.

Surge contudo o problema: o dever acessório pode surgir como dever pós-eficaz, uma vez que, por vezes, ele não precede ou acompanha o cumprimento da obrigação propriamente, antes sendo posterior. A questão é delicada e carece de um estudo, entre nós. Apenas indicaremos a nossa solução, a justificar desenvolvidamente noutra local:

- quando o dever pós-eficaz seja um efectivo dever acessório, há que ponderar, face ao interesse do cre-

(40) MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, (1980), p. 441.

dor, se o seu desrespeito inutilizou ou não o cumprimento já realizado; no primeiro caso segue-se o regime do incumprimento ou da impossibilidade; no segundo, há que ressarcir os danos;

- quando o dever pós-eficaz seja uma obrigação gerada por cumprimento anterior, segue-se o regime do incumprimento da obrigação autónoma, cuja natureza, nessa altura, ele reveste.

III. O não cumprimento de prestação secundária não prejudica o cumprimento da prestação principal, uma vez que ela é estranha ao conteúdo desta. Há, assim, que desarticular a obrigação complexa, considerando cumprida a prestação que o foi — e logo extinta — e não cumprida a restante. Quando a desarticulação não seja possível, por prejudicar o interesse do credor, importa requalificar a figura: não se trata de prestação secundária mas sim de dever acessório! E nessa altura, aplique-se à ocorrência o regime correspondente.

IV. Quando o cumprimento defeituoso respeite a contrato de compra e venda — dotado, como vimos, de regime especial — há concurso. Não vemos como ultrapassá-lo senão através das regras que informam as relações lei geral/lei especial: no âmbito desta, não tem cabimento a aplicação da primeira. A matéria carece, porém, de análise mais cuidada.

Face à violação positiva do contrato de compra e venda, propugnava a doutrina tradicional, encabeçada por LARENZ⁽⁴¹⁾ que, havendo vício da coisa, se deveria distinguir:

- o dano do vício em si;
- o dano subsequente ao vício.

No primeiro caso, haveria que aplicar as regras específicas da compra e venda — no caso português, art. 913.º

(41) *Schuldrecht*¹¹ B.T. cit. § 41, II (p. 54, maxime). Também FIKENTSCHER, ob. cit., §§ 47, III e 70, IX (p. 236-237 e 397, maxime), embora com terminologia diferente; ENNECERUS/LEHMANN, ob. cit., § 112, 3 (p. 453); PALANDY/PUTZO, ob. cit., nota prévia ao § 459, 2 b (p. 446).

e ss.⁽⁴²⁾; no segundo, seguir-se-iam as regras próprias da comum violação positiva do contrato⁽⁴³⁾. A esta bipartição vem HUBER contrapor uma tripartição⁽⁴⁴⁾:

- a responsabilidade do vendedor pelos gastos realizados pelo comprador, na ideia de que a coisa não tinha vício e que, face ao vício, se tornaram inúteis ou danosos⁽⁴⁵⁾;
- a responsabilidade por danos derivados do vício da coisa sobre pessoas e bens⁽⁴⁶⁾;
- a responsabilidade pelos danos do não cumprimento em sentido estrito, i.é, directamente derivados do vício e correspondente a este; aqui poderiam, eventualmente surgir as regras específicas⁽⁴⁷⁾.

No primeiro caso, a jurisprudência alemã admitiria a responsabilidade do vendedor por negligência; no segundo, seria delitual; no terceiro, contratual.

Esta evolução recente confirma o nosso primeiro diagnóstico: a aplicação das regras gerais da violação positiva do contrato funciona apenas nas áreas em que o legislador civil

(42) No Direito alemão, os §§ 459 ss. BGB afastam as regras da violação positiva do contrato, como pretende KLAUS MÜLLER, *Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Endverbraucher*, AcP 165 (1965) 312-313. Porém em THIELE (*Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung* cit., maxime 657) lê-se que as sanções pela violação do dever de protecção coexistem com as específicas dos mesmos §§ 459 ss. BGB. Pode ver-se outra colocação do problema em EBERHARD SCHWARK, *Kaufvertragliche Mängelhaftung und deliktsrechtliche Ansprüche*, AcP 179 (1979), 57 ss. SCHWARK contrapõe pretensões derivadas do vício, de delito e da violação positiva do contrato. A existência de prazos prescricionais diferentes para as pretensões respectivas daria, à figura, um interesse particular.

(43) Vide, também, UWE DIEDERICHSEN, *Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Ersatz von Mangelfolgeschäden*, AcP 165 (1965) 153 ss. e 157.

(44) ULRICH HUBER, *Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung*, AcP 177 (1977), 286-287.

(45) Ob. cit., 288 e ss.

(46) Ob. cit., 315 e ss.

(47) Ob. cit., 331 e ss.

não tenha intervindo, especialmente, para a compra e venda. Mas fora isso elas são compatíveis (48).

7. *Segue; o problema face à excepção do contrato não cumprido.*

I. Há agora que determinar se a *exceptio de non adimpleti contractus* se situa numa área afectada por regulamentação específica.

A *exceptio* deve a sua origem casuística à *bona fides*: entendeu-se, no antigo Direito Romano que não era *bonae fidei* exigir, em contratos com obrigações correspectivas, uma prestação à outra parte, quando se não cumprisse a sua própria prestação (49). A figura seria posteriormente generalizada, até revestir a forma do nosso artigo 428.º, semelhante, aliás, a outros Códigos.

O funcionamento da *exceptio* requer:

- que o contrato seja bivinculante e sinalagmático;
- que ambas as prestações devam ser efectuadas simultaneamente;
- que uma delas não o seja.

Para além de corresponder a uma concretização do princípio da boa fé e de garantir, em geral, o direito à prestação

(48) Aliás existe uma tendência para considerar em globo — realiticamente — as violações de que o comprador pode ser vítima. Assim, a Convenção da Haia para a Unificação do Direito da Compra e Venda de Móveis (DIP) — cf. LARENZ, *Schuldrecht*¹¹, B.T., § 45a — não distingue especificamente violações. Cf. ERNST VON CAEMMERER, *Probleme des Haager einseitlichen Kaufrechts*, AcP 178 (1978) 128-129 e 138.

Chamamos ainda a atenção para o facto de as regras específicas aplicáveis por vício da coisa vendida não serem pós-eficazes: elas correspondem a sanções aplicáveis pela violação dos deveres contratuais. Pós-contratuais poderiam, quanto muito ser os deveres de informação, a cargo do vendedor, que permitiriam o apuramento de vícios eventuais. Já HERMANN ELGER, *Nachwirkungen nach Ende des Rechtsverhältnisses im BGB* (1936), p. 12.

(49) PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, cit., 648-649.

das partes, a *exceptio* garante, sobretudo, que prestação e contraprestação tenham lugar em simultâneo (50).

II. Pode a *exceptio* ser oposta a uma prestação viciada? A resposta é tradicionalmente positiva: tratar-se-ia da *exceptio de non rite adimpleti contractus* ou da *Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages* (51). Face a uma prestação viciada ou incompleta, a contraparte pode recusar a sua prestação até que o mal seja remediado. O Código Alemão (§ 320, II) acrescenta que tal (só) não pode suceder quando a falta seja tão pequena que o negar, por isso, uma prestação inteira, seja contrário à boa fé. Não passou, para versão final do nosso Código, expressamente, essa referência, mas ela pode considerar-se implicitamente feita (art. 334.º, 762.º, 2) (52). O que é natural: se o credor pode recusar uma prestação parcial ou viciada pode, por maioria de razão, não oferecer a sua, opondo a *exceptio*.

(50) ESSER/SCHMIDT, ob. cit., § 16, III (I, p. 169). O princípio da exceção do contrato não cumprido, pelo que encerra de justiça e equidade é tão importante que não admite convenção em contrário. (Corresponde ao princípio injuntivo da boa fé, de acordo com as regras que propomos para distinguir as normas injuntivas das supletivas — MENEZES CORDEIRO, ob. cit., I, p. 71 ss.). De tal forma que a lei alemã que regula as condições gerais dos contratos — o Allgemeinen Geschäftsbedingungengesetz — veda, pela ineficácia, qualquer condição geral que afaste ou restrinja a possibilidade de mover a *exceptio* (§ 11, 2a); cf. ULMER/BRANDNER/HENSEN, *AGB-Gesetz*³, (1978), pp. 282 ss.; SCHLOSSER/COESTER-WALTJEN/GRABA, *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (1977), pp. 384 ss.; KOCH/STÜBING, *Allgemeine Geschäftsbedingungen* (1977), pp. 252 ss.

Em qualquer caso, para o Direito português, o art. 428.º, n.º 1 do Cód. Civil poderia consistir base legal bastante para confirmar a injuntividade da *exceptio*.

(51) ENNECCERUS/LEHMANN, ob. cit., § 33, I (p. 141); SOERGEL/SCHMIDT, ob. cit., § 320, 7 (p. 377); LARENZ, *Schuldrecht*¹² A.T., § 15, I (p. 171); HECK, ob. cit., § 42, 10 (p. 129).

(52) MENEZES CORDEIRO, ob. cit., II, p. 460. Cf. VAZ SERRA, *Excepção do contrato não cumprido* (1957), pp. 30 e ss., por um prisma de Direito a constituir.

III. Pode então o comprador opor a *exceptio* ao vendedor, alegando vício da coisa transaccionada, como parece admitir o acórdão do Supremo? Uma primeira ronda pela doutrina mais profunda revela uma resposta maioritariamente negativa: a *exceptio* não seria possível nessas condições⁽⁵³⁾. A matéria é, não obstante, duvidosa⁽⁵⁴⁾, havendo posições divergentes⁽⁵⁵⁾.

Simplificando as razões aduzidas ao debate, podemos distinguir duas ordens de argumentos que militam a favor da posição da maioria:

- as normas próprias da situação criada com venda de coisa viciada, sendo especiais, implicam o afastamento das normas gerais do Direito das Obrigações;
- verificada a situação da entrega da coisa viciada, não se realizariam os pressupostos da *exceptio*.

O primeiro argumento, não obstante ser utilizado por autores como ENNECCERUS/LEHMANN e ESSER/SCHMIDT, é fraco. Efectivamente, a norma especial afastaria a geral na medida em que a aplicação de ambas não seja possível. No caso vertente, não há incompatibilidade lógica: o comprador poderia usar da *exceptio* e das faculdades conferidas pelo artigo 913.º e ss. do Código Civil. Mais interessante é, por isso, o segundo, como não deixa de considerar LARENZ.

O segundo redonda, essencialmente, no seguinte: as normas específicas dos artigos 913.º e ss. dependem, por natureza, da entrega da coisa, i.é, do cumprimento. Realizado este, como mover a *exceptio*?⁽⁵⁶⁾ Além de que, constatado o

(53) ENNECCERUS/LEHMANN, ob. cit., § 112, I (p. 452); SOERTEL/BALLERSTEDT, ob. cit., prénotação ao § 459, 31 (p. 632); FIKENTSCHER, § 70, II, 4 (p. 388); ESSER/SCHMIDT, § 16, II, 2.1 (I, p. 170); LARENZ, *Schuldrecht*¹¹ cit., B.T., § 41, II (p. 61); PALANDT/HEINRICHS, § 320, 2, c), bb) (p. 346); PALANDT/PUTZO, prénotação § 459, 2 (p. 446).

(54) MEDICUS, § 15, 2, b) (p. 149); WESTHELLE, p. 96 ss.

(55) É o caso manifesto de SOERTEL/SCHMIDT, § 320, 7 (p. 377). Cf. ERICH MOLITOR, *Schuldrecht*⁵ B.T. (1961) § 3, V, 7 (p. 25).

(56) Pelo que a doutrina maioritária acima citada aceita a *exceptio* desde que movida *antes* da entrega.

vício, o comprador teria pretensões de diminuição do preço, de correcção do vício, etc., todas com prazos específicos, que não contemporizam com as regras do § 320 — o nosso artigo 428.^o

IV. Ponderemos o assunto. O argumento teórico de que as normas especiais dos artigos 913.^o e ss. afastam as regras gerais do Direito das Obrigações é puramente dogmaticista. Devemos antes perguntar se face à teleologia das normas respectivas há exclusões. Não há. A excepção do contrato não cumprido visa satisfazer a justiça comutativa, impedindo que alguém seja obrigado a prestar sem ter recebido a contraprestação. Já vimos que a mesma ideia funciona quando se tenha recebido apenas uma prestação incompleta ou inadequada⁽⁵⁷⁾, apenas com o limite, induzido da boa fé, de que não se pode pretender opor a *exceptio* face a uma falta pouco significativa. Tudo isto funciona, no campo dos princípios, perante as regras específicas do vício da coisa vendida: afinal, a pessoa que recebe uma coisa viciada, fica numa situação valorativamente similar à de quem nada recebe ou à de quem recebe apenas parte⁽⁵⁸⁾.

V. Na prática, porém, pode haver problemas. Efectivamente, com a entrega da coisa deve ser pago o preço (art. 885.^o, n.^o 1). Isto quer dizer que, sendo o vício detectado, como é normal, posteriormente, já não se pode utilizar a *exceptio*. E se o vício for conhecido *antes* da entrega — e logo antes do pagamento — pode o comprador recusar a coisa: com isso faz, em simultâneo, uso da *exceptio* mas já não pode usar das pretensões que lhe adviriam dos artigos 913.^o e ss. Tem, apenas, pretensões de cumprimento.

(57) Supra n.^o 7, II.

(58) Contra, um tanto incidentalmente, temos THILO RAMM, *Einführung in das Privatrecht*² (1974?) § 31, III, 3 b) (II, p. 415) para quem o sinalagma só diz respeito à prestação principal e não aos deveres acessórios.

Fica-nos, assim, para margem de coexistência do dispositivo dos artigos 913.º e ss. com as normas da excepção do contrato não cumprido, apenas a situação em que a entrega da coisa tenha, licitamente, precedido o pagamento do preço. Havendo vício da coisa, o comprador uniria as pretensões dos artigos 913.º e ss. à *exceptio*.

Mas aqui há que voltar aos princípios gerais. A *exceptio* é concedida como instrumento destinado a manter um sinalagma funcional até ao momento do cumprimento. Que tal sinalagma existe no binómio preço-entrega da coisa é indubitável. Mas existirá no duo preço-pretensões derivadas do vício da coisa? Formalmente não: a coisa foi entregue e com isso desfez-se o sinalagma. Axiologicamente sim: o sinalagma não está nas formas coisa-preço mas sim nos conteúdos valor da coisa-valor do dinheiro. Se o valor da coisa é diminuído ou suprimido, a relação comutativa mantém-se em relação às pretensões destinadas a remediar o mal.

8. Conclusão.

I. No caso do acórdão, a A. fornecera uma coisa que sofria de vício impeditivo do fim a que se destinava, não tendo as qualidades asseguradas pelo vendedor. Daí derivariam, para o comprador, pretensões de reparação ou substituição da coisa — art. 914.º — de anulação do contrato, com indemnização — art. 909.º, ex vi art. 913.º, n.º 1 ou, ainda, de redução do preço — art. 911.º, ex vi 913.º, n.º 1. A opção pelas pretensões do art. 914.º está na disponibilidade do comprador; quando não opte, funcionam em alternativa as pretensões da anulação ou da redução do preço, consoante as circunstâncias referidas no princípio do art. 911.º, n.º 1.

Mas isto ficaria dependente da existência de culpa do vendedor — 914.º, 2.ª parte. Na ausência desta, apenas caberia a anulação, sem indemnização — 915.º — ou a redução do preço — 911.º — também sem indemnização — 915.º *a fortiori*.

No primeiro caso, não tendo sido, como não foi, prestado o preço, poderia ser oposto a *exceptio* enquanto não fossem satis-

feitas as aludidas pretensões: elas traduzem o não cumprimento da prestação principal, precisamente porque os deveres acessórios (legais específicos) destinados a evitar o vício da coisa, e que incumbem ao devedor — ao vendedor — não foram acatados.

No segundo caso — ausência de culpa — a *exceptio* seria impossível: não haveria qualquer não cumprimento mas tão só erro do comprador, indutor de anulabilidade — que só produz efeitos por decisão judicial.

II. Mas, supervenientemente, o vendedor altera o contrato — pressupõe-se que com acordo do comprador — assumindo a garantia do bom funcionamento da coisa e comprometendo-se, até, a fazer fornecimentos suplementares.

Trata-se de um dever acessório convencionado, que se inscreve, igualmente, no conteúdo da obrigação: o seu incumprimento traduz o incumprimento desta, na forma de violação positiva do contrato. A pretensão daqui derivada dispensa culpa do vendedor ou erro do comprador — art. 921.º, n.º 1.

O preço não fora pago; a obrigação do vendedor não fora cumprida. Exigindo este, como autor, o pagamento do preço, pode aquele, como réu, excepcionar o contrato não cumprido.

O Supremo decidiu bem.