

TÍTULO: DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL - VOL. II

AUTOR: ANTUNES VARELA

EDITOR: LIVRARIA ALMEDINA - COIMBRA

DISTRIBUIDORES: LIVRARIA ALMEDINA
ARCO DE ALMEDINA, 15
TELEF. (039) 851900
FAX (039) 851901
3004-509 COIMBRA - PORTUGAL

Livrarialmedina@mail.telepac.pt

LIVRARIA ALMEDINA - PORTO
R. DE CEUTA, 79
TELEF. (02) 2059773/2059783
FAX (02) 2026510
4050-191 PORTO - PORTUGAL

EDIÇÕES GLOBO, LDA.
R. S. FILIPE NERY, 37-A (AO RATO)
TELEF. (01) 3857619
1250-225 LISBOA - PORTUGAL

EXECUÇÃO GRÁFICA: G.C. - GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.

MARÇO, 1999

DEPÓSITO LEGAL: 118051/97

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

SECÇÃO II

NÃO CUMPRIMENTO*

SUBSECÇÃO I

Noções gerais

294. *Não cumprimento. Noção.* As obrigações são, na grande massa dos casos, espontaneamente *cumpridas*. Realizada (voluntariamente) a prestação debitória, a obrigação preenche em regra a sua função, satisfazendo, através do meio próprio (o *cumprimento*), o interesse do credor e liberando o devedor do vínculo a que se encontrava adstrito.

Frequentes vezes sucede, porém, que a obrigação *não é cumprida*. Fala-se (na terminologia técnica e na linguagem corrente) de *não cumprimento* da obrigação, para significar que *a prestação debitória não foi realizada* — nem pelo devedor, nem por terceiro —, e que, além disso, a obrigação se não extinguiu por nenhuma das outras causas de satisfação além do cumprimento, que o Código Civil prevê e regula nos artigos 837.º e segs.. O não cumprimento é, neste sentido, *a situação objectiva de não realização da prestação debitória* e de insatisfação do interesse do credor, independentemente da causa de onde a falta procede.

A, que devia entregar certo livro a B, queimou-o, impossibilitando a prestação devida. Ou não fez a entrega na data fixada, porque o livro desapareceu. Ou porque pura e simplesmente o não quis entregar.

C, que se comprometeu a levar D, de táxi, ao comboio, não compareceu à hora fixada, fazendo que este perdesse a viagem.

* VAZ SERRA, *Impossibilidade superveniente. Desaparecimento do interesse do credor. Casos de não-cumprimento da obrigação*, 1955; A. VARELA, *Inadimplemento*, na Enc. Verbo; G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité: conditions*, L.G.D.J., Paris, 1982, pág. 211 e segs.; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, 1959; *Id.*, *Inadempimento* (dir. priv.) na Enc. del dir.; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, 1967, no Com. de SCIALOJA e BRANCA; AMORTH, *Errore e inadempimento nel contratto*, 1967; SCHERNER, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung*, 1965.

Ou a viagem não se fez, porque o cliente, depois de ter chamado o táxi, não apareceu a utilizá-lo.

Na grande massa dos casos, o *não cumprimento* da obrigação assenta na falta da *acção* (prestação *positiva*) exigida do devedor. Mas pode também consistir na prática do *acto* que o obrigado deveria não realizar, nos casos menos vulgares em que a obrigação tem por objecto uma prestação *negativa* (não usar, por ex., a coisa recebida em penhor ou em depósito: arts. 671.º, al. b) e 1189.º).

Sob a designação genérica de *não cumprimento*, que encabeça, ao lado do *cumprimento*, um dos capítulos (VII) mais importantes do Livro das Obrigações, cabem, assim, situações muito diferentes, que importa distinguir e classificar, visto não ser o mesmo o regime jurídico que lhes compete. Entre as distinções teoricamente possíveis, curar-se-á especialmente das duas mais importantes que transparecem, entrecruzadas uma com a outra, quer na terminologia e na sistematização legais da matéria, quer nos pressupostos da disciplina que a lei fixa. Trata-se da distinção entre o *não cumprimento definitivo* e o *simplex retardamento* (ou *mora*), de um lado; e entre o *não cumprimento imputável* ao devedor (a *falta* de cumprimento) e o que lhe *não é imputável*, do outro.

Note-se, aliás, que o *cumprimento* e o *não cumprimento* não esgotam, na sistematização legal e científica da matéria, todas as situações que interessam ao momento culminante da *extinção* da obrigação. Ao lado de um e outro, como possíveis vicissitudes da relação obrigacional, figuram ainda (abstraindo da prescrição ou da caducidade do direito, da nulidade, da anulação, da denúncia ou da revogação da relação creditória) as (legalmente) chamadas *causas de extinção das obrigações além do cumprimento*. Nestes casos, embora se não realize a prestação debitória mediante o funcionamento regular do vínculo obrigacional, a obrigação *extingue-se*, ou porque se satisfaz indirectamente o *direito* do credor à *prestação* (dação em cumprimento, compensação, novação), ou porque se cumpriu validamente o *dever de prestar* (consignação em depósito e, em certo

sentido, a compensação) ou porque se perdeu o direito de crédito (prescrição, remissão, confusão).

O não cumprimento pode assim definir-se, com maior propriedade, como a não realização da prestação debitória, sem que entretanto se tenha verificado qualquer das causas extintivas típicas da relação obrigacional.

295. *Modalidades do não cumprimento quanto à causa: A) Inimputável ao devedor; B) Imputável ao devedor.* O primeiro elemento que interessa à fixação das consequências do não cumprimento da obrigação é a causa da falta de cumprimento.

Umavezes o não cumprimento procede de facto imputável ao devedor: foi este quem vendeu a B o prédio que prometera vender a A; quem pôs em funcionamento a fábrica que se obrigara a manter fechada; quem destruiu a coisa que devia entregar; quem não tomou as precauções de segurança que deveria ter posto em prática, no interesse da sua clientela; quem não prestou as informações que deveria ter prestado na oferta pública que lançou no mercado de capitais (¹). Outras vezes, o não cumprimento procede de facto de terceiro (que destruiu a coisa devida), de circunstância fortuita ou de força maior (doença súbita e grave que impediu a actuação do artista no concerto em que devia participar), da própria lei (que proibiu, por hipótese, a realização do negócio jurídico prometido) ou até do credor (que recusou a cooperação indispensável à realização da prestação).

A questão de saber se o não cumprimento é ou não imputável ao devedor reveste uma importância capital para a definição do seu regime. A própria sistematização do Código sobre a matéria reflecte o interesse primordial deste factor, enquanto se agrupam

(¹) São exemplos deste tipo os que G. VINEY (*op. cit.*, IV, n. 186, pág. 217) intencionalmente destaca, para mostrar como a relação obrigacional se mostra cada vez mais recheada de obrigações que provêm directamente da lei — e não da vontade das partes — e como a responsabilidade contratual, através do enriquecimento constante do conteúdo do contrato, abrange cada vez maior número de casos de violação de obrigações nascidas da lei.

na 1.^a subsecção (do art. 790.^o ao art. 797.^o) os casos de impossibilidade do cumprimento e mora *não imputáveis* ao devedor, e se reúnem na 2.^a (do art. 798.^o ao art. 812.^o) as hipóteses de *falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor*.

Só nos casos de não cumprimento imputável ao obrigado se pode rigorosamente falar em *falta de cumprimento*.

Dentro do núcleo genérico de hipóteses de não-cumprimento não imputável ao devedor, interessa destacar ainda, pelo regime especial a que estão sujeitos, os casos em que a falta de cumprimento procede de *causa imputável ao credor*.

Por um lado, estão sujeitos a um regime próprio, consagrado nos artigos 813.^o e seguintes, os casos de *mora do credor*. Por outro, também no artigo 795.^o, 2, se fixa um importante desvio ao princípio estabelecido no n.^o 1 desse preceito, para o caso de a prestação se tornar impossível por causa imputável ao credor.

296. *Modalidades do não cumprimento quanto ao efeito: A) falta de cumprimento; B) mora; C) cumprimento defeituoso*. Se, deixando de lado a *causa*, considerarmos o *efeito* do não cumprimento sobre a relação creditória, outra classificação interessa à definição do seu regime (!).

Há casos em que a prestação, não tendo sido efectuada, já não é realizável no contexto da obrigação, porque se tornou impossível ou o credor *perdeu o direito* à sua realização, ou porque, sendo ainda materialmente possível, *perdeu o seu interesse para o credor*, se tornou praticamente inútil para ele.

A devia entregar a B um livro que, entretanto, se perdeu ou inutilizou. C adoeceu gravemente no dia em que devia participar no espectáculo de gala organizado pelo empresário. D vendeu a E o imóvel que prometera vender a F. G devia pintar a sala de jantar da casa de H, que entretanto foi devorada por um incêndio.

(!) Cfr., a propósito, a sistematização adoptada por DIEZ-PICAZO, n.^o 822.

É aos casos deste tipo que a lei e os autores se referem, quando falam, umas vezes, da *impossibilidade da prestação* e outras vezes, em termos mais amplos, do *não cumprimento definitivo*.

O não cumprimento *definitivo* da obrigação pode, com efeito, provir da *impossibilidade* da prestação (impossibilidade fortuita ou casual, imputável ao devedor ou imputável ao credor) ou da *falta* irreversível de cumprimento, em alguns casos equiparada por lei à impossibilidade (art. 808.º, 1).

Ao lado destes casos, há situações de *mero retardamento, dilação* ou *demora da prestação*. A prestação não é executada no momento próprio, mas ainda é possível, por continuar a corresponder ao interesse do credor. Pode este ter sofrido prejuízo com o não cumprimento, em tempo oportuno; mas a prestação ainda mantém, no essencial, a utilidade que tinha para ele. A devia entregar em Fevereiro 1000 contos a B, ou restituir os livros que C lhe emprestou. Não cumprindo na data fixada, pode causar um prejuízo ao credor. Mas o interesse deste na prestação não desaparece com a falta de cumprimento no momento oportuno.

A este tipo de situações dão a lei e os autores a designação técnica de *mora*. Pode assim definir-se a *mora* como o *atraso* ou *retardamento* no cumprimento da obrigação.

«O devedor considera-se constituído em mora, na definição textual do artigo 804.º, 2, quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, *ainda possível*, não foi efectuada no tempo devido».

A *mora* pode, no entanto, provir de *facto imputável ao credor*. «O credor, diz por seu turno o artigo 813.º, incorre em mora, quando, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação».

E pode resultar ainda de circunstâncias não imputáveis nem ao devedor, nem ao credor, como sucede em certos casos de *impossibilidade transitória* ou *temporária* (art. 792.º): embargo de exportação, durante certo período, dos produtos que a empresa se compromete-

teu a enviar ao cliente estrangeiro; bloqueio do único porto por onde a mercadoria devia sair; destruição da via férrea, por onde os produtos devem ser transportados; obstrução do porto de embarque ou de destino da mercadoria, por encalhe de navio; greve no serviço de transportes que atinge a remessa dos produtos; etc.

Ao lado das duas que acabam de ser caracterizadas, há ainda que referir, dentro da rubrica geral do não cumprimento, uma terceira categoria de situações, a que se tem dado o nome de *cumprimento defeituoso, mau cumprimento ou cumprimento imperfeito*: comerciante que cumpre oportunamente a obrigação, mas entregando géneros avariados ou produtos deteriorados; vendedor que não avisa do perigo de utilização da coisa e com a omissão causa danos.

O Código Civil não cura especialmente dos casos deste tipo (1), como categoria autónoma, no capítulo do não cumprimento, embora lhes faça alusão expressa no n.º 1 do artigo 799.º.

Mas o seu regime pode ser determinado, com relativa segurança, tendo em vista as normas reguladoras, quer do não cumprimento da obrigação, quer de alguns contratos especiais, como a compra e venda, a empreitada e a locação.

SUBSECÇÃO II

Impossibilidade do cumprimento e mora não imputáveis ao devedor

297. *Impossibilidade não imputável ao devedor**. Identificados os vários tipos de situações que cabem dentro da categoria geral do

(1) Muitos dos nossos autores também se não referiam a semelhante forma de não cumprimento, dando a entender que de duas uma: ou o defeito do cumprimento afectava em termos não essenciais o interesse do credor, e nenhuma influência exercia, nesse caso, sobre a sorte da obrigação; ou prejudicava em termos fundamentais a substância da prestação devida, e então haveria, consoante os casos, *mora* ou *não cumprimento definitivo* da obrigação.

* Além da bib. indicada por M. ANDRADE, *ob. cit.*, pág. 403, vide CANDIAN, *Caso fortuito e forza maggiore*, *Novissimo Digesto Italiano*; L. Mosco, *Impossibilità sopra-*

não cumprimento da obrigação, interessa conhecer o regime de cada um deles.

Seguindo a ordem da sistematização adoptada pelo Código Civil, principiar-se-á pela impossibilidade e pela mora *não imputáveis* ao devedor.

Quanto à impossibilidade, afirma o artigo 790.º que a obrigação se extingue, quando a prestação *se torna* impossível (1). A consequência fundamental da impossibilidade *superveniente* da prestação, por causa não imputável ao devedor, é a *extinção* da obrigação, com a consequente exoneração do obrigado.

Trata-se de solução inteiramente distinta da fixada no artigo 401.º para a impossibilidade *originária* da prestação, que é a *nullidade* do negócio jurídico donde a obrigação procede (2). Embora

venuta della prestazione, na Enc. del. dir.; E. WOLF, *Ein Wort zum Unmöglichkeitproblem*, NJW, 55, pág. 11; HJMMELSCHN, *Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen*, no AcP, 135, pág. 255 e segs.; MEINEKE, *Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag*, no AcP, 171, pág. 19; BRECHT, *System der Vertragshaftung*, J. J., 53, pág. 213; C. WOHLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, 1970; H. KOHLER, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, 1971.

(1) A própria letra da disposição mostra que ela se aplica à hipótese da impossibilidade *superveniente*, não da impossibilidade *originária*.

Quanto à impossibilidade *originária* da prestação, rege o disposto no artigo 401.º, que repete a máxima de Celso: *impossibile nulla obligatio est* (WOLLSCHLAGER, *ob. cit.*, pág. 13 e segs.).

O caso de, nascendo a obrigação de um negócio a termo ou sob condição, a prestação ser possível na data da conclusão do negócio, mas se tornar impossível antes de vencido o termo ou verificada a condição, é equiparado à impossibilidade *superveniente* pelo n.º 2 do artigo 790.º. No caso inverso, é o artigo 401.º, 2, que considera o negócio convalidado *ex lege*.

Pode também suceder que, tendo-se tornado impossível, a prestação volte, entretanto (por ter sido abolida a proibição legal, por ter aparecido a coisa que desaparecera ou fora furtada, etc.), a ser possível.

Nesse caso, se a obrigação se inseria num contrato bilateral, que já havia sido resolvido, nenhum dos contraentes poderá ser forçado ao renascimento do contrato, a menos que outra seja a solução imposta pelo princípio da *boa fé* (art. 762.º, 2), em face dos termos e das circunstâncias do contrato. Não assim, porém, se a obrigação provinha, por exemplo, de um acto de última vontade (v. g., de um legado). Cfr. OERTMANN, *Anfängliches Leistungsvermögen*, no AcP, 140, pág. 129.

(2) A sufragar esse entendimento está, entre outros, o facto de o artigo 1051.º, al. e) — que é, no seu aspecto fundamental, uma aplicação da doutrina geral do

desonere o obrigado do dever de prestar, a impossibilidade superveniente da prestação já o não libera, por exemplo, do «*commo-dium*» de representação, a que se refere o artigo 794.º.

A disposição do artigo 790.º, 1, corresponde ao artigo 705.º do Código de 1867. Este recorria, porém, a uma enumeração de *conteúdo positivo*, para discriminar os casos em que o devedor, faltando ao cumprimento do contrato, ficava exonerado de responsabilidade: assim sucedia, quando o obrigado tivesse sido impedido de cumprir por *facto do credor*, por *força maior* ou por *caso fortuito*.

O novo Código usa, pelo contrário, uma fórmula de recorte *negativo* (*não ser a causa de impossibilidade da prestação imputável ao devedor*), semelhante à dos Códigos italiano, alemão, suíço e grego.

É mais ampla do que a do Código anterior, pois abrange o caso de a impossibilidade ser imputável a terceiro ou à própria lei, que a outra não abarcava no seu texto, além de tocar *directamente* as duas notas fundamentais (impossibilidade da prestação, por um lado; e não imputabilidade da *causa* ao devedor, por outro) justificativas da exoneração de responsabilidade do obrigado (¹).

Impossibilidade objectiva ou subjectiva; total ou parcial. A prestação torna-se *impossível* quando, por qualquer circunstância (legal, natural ou humana), o *comportamento exigível do devedor*, segundo o conteúdo da obrigação (²), se torna *inviável*. Se a inviabilidade respeita a

artigo 790.º, 1 (cfr. ac. da Rel. de Lisboa, de 4-11-1970, na *Rev. Trib.*, 89.º, pág. 317 e ainda ano 87.º, pág. 243 e segs.) — considerar *caduca* (e não *nula* a locação, no caso de *perda* da coisa locada).

(¹) O simples confronto, à vista desarmada, dos textos correspondentes dos dois diplomas (o de 1867, arrancando indiscriminadamente da falta de cumprimento do contrato; o de 1966, partindo da *impossibilidade* da prestação como causa extintiva da obrigação) revela a existência dos múltiplos aspectos em que a nova formulação legal representa um aperfeiçoamento da antiga.

(²) A ressalva *segundo o conteúdo da obrigação* visa exactamente chamar a atenção para o recorte especial da *impossibilidade* (da prestação) em certos casos especiais, como o das *obrigações genéricas*: cfr. LARENZ, *Lehrbuch*, I, 14.ª ed., § 21, 1, d), pág. 316 e L. MOSCO, *est. cit.*, n. 17, na *Enc. del dir.*

todos, porque ninguém pode efectuar a prestação (destruição do quadro ou da jóia que deveria ser entregue ao credor), a impossibilidade é *objectiva*. Se apenas o devedor a não pode executar (pintor que se obrigou a fazer o retrato do filho do credor e entretanto cegou; operário que perdeu os braços no acidente; etc.), mas outros o podem fazer, a impossibilidade diz-se *subjectiva*.

A impossibilidade estender-se-á, as mais das vezes, a *toda a prestação* (destruição da coisa; incapacitação do devedor). Mas pode atingir *uma parte* apenas da prestação, se a destruição (o incêndio, a inundação, o raio) afectou só uma parte da coisa (divisível) ou algumas das várias coisas (cumulativamente) devidas.

Quando assim seja, uma de duas hipóteses se pode verificar: o credor pode ter ainda interesse na realização da parte possível da prestação; o cumprimento parcial não reveste interesse para ele.

O regime destas hipóteses é diferente⁽¹⁾.

Impossibilidade da prestação e mera difficultas praestandi. Para que a obrigação se extinga, é necessário, segundo a letra e o espírito da lei, que a prestação se tenha tornado verdadeiramente *impossível*, seja por determinação da lei, seja por força da natureza (caso fortuito ou de força maior) ou por acção do homem. Não basta que a prestação se tenha tornado *extraordinariamente onerosa* ou *excessivamente difícil* para o devedor, como pode suceder com frequência nos períodos de mais acentuada inflação monetária ou de súbita valorização de certos produtos.

Causa de extinção da obrigação é a *impossibilidade* (física ou legal) da prestação (a que pleonasticamente se poderia chamar *impossibilidade absoluta*), não a simples *difficultas praestandi*, a *impossibilidade relativa*.

Era diferente, contudo, a orientação preconizada (sobretudo no período de crise subsequente à primeira guerra mundial) nal-

(1) Vide *infra*, n.º 305.

guns sectores da doutrina alemã, que consideravam liberatória, em certos termos, a mera *impossibilidade relativa* ou *económica*. O dever de prestar, não se impondo em termos cegos e indiscriminados ao obrigado, teria como limite, segundo essa concepção, o sacrifício razoavelmente exigível do devedor, à luz dos princípios da boa fé, para satisfazer o interesse do credor.

Tudo quanto excedesse os limites do *sacrifício exigível* do obrigado devia ser equiparado, em princípio, à impossibilidade da prestação: embora não determinasse a extinção necessária da obrigação, porque o devedor podia querer cumprir, apesar de tudo, e ter mesmo interesse em fazê-lo (possivelmente para não perder o direito à contraprestação ou para manter o seu bom nome), daria ao devedor a faculdade de se exonerar do vínculo (1).

A doutrina do *limite do sacrifício* (*der Opfergrenze*), encabeçada por BRECHT, STOLL e HECK, não é geralmente aceite noutros países, nem é perfilhada pela doutrina de longe dominante na literatura e na jurisprudência alemãs, pela perigosa *incerteza* e pelos inevitáveis *arbitrios* a que daria lugar a sua aplicação prática (2). E também pode considerar-se afastada pela nova lei civil portuguesa, que, eliminando intencionalmente os preceitos do anteprojecto VAZ SERRA (*Direito das obrigações*) referentes ao carácter (*custo* ou *peso*)

(1) ENNECCERUS-LEHMANN, §§ 45, II e 46, I, 2; HECK, *ob. cit.*, pág. 85 e segs. Contra LARENZ, § 21, I, e); STAUDINGER-WERNER, *Kommentar*, 11.ª ed., § 275, notas 8 e 9; TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 1900, pág. 107, nota.

Cfr. a abundante literatura citada num e noutro sentido por MARIO BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, 1969, especialmente pág. 156 e segs.

Veja-se ainda a forma como GIORGIANNI (*L'inadempimento*, 1960, n.º 50, pág. 227 e L. MOSCO, *est. cit.*, n.º 5 e segs., na *Enc. del dir.*) tentam conciliar o artigo 1218 do Código italiano, que só isenta o devedor de responsabilidade quando a inadimplência assenta na impossibilidade que lhe não seja imputável, com o artigo 1176, que apenas exige do devedor a diligência dum bom pai de família.

(2) Cfr., quanto à doutrina e jurisprudência francesas, PLANIOL, RIPERT e RADOUANT, *Traité prat.*, VII, n.º 839; quanto à Itália, RUGGIERO e MAROI, *Istit. dir. priv.*, 8.ª ed., II, pág. 143.

excessivo da prestação (art. 8.º), apenas alude, no artigo 790.º, à *impossibilidade* da prestação como causa extintiva da obrigação (¹).

Há, todavia, que ter em conta, no tratamento jurídico dos casos de *sacrifício* ou *custo excessivo* da prestação, o disposto nos artigos 437.º, 566.º, 762.º, 812.º e, principalmente, no artigo 334.º (²).

Por um lado, sabe-se que a alteração *anormal* de certas circunstâncias vigentes à data da negociação pode dar lugar à resolução do contrato, ou à sua modificação segundo critérios de equidade (art. 437.º), e que igual regime é aplicável ao erro sobre as circunstâncias que constituem a base negocial (art. 252.º, 2).

Por outro, o artigo 566.º, 1, afasta a indemnização mediante reconstituição natural, sempre que esta seja de tal modo onerosa para o devedor, que a não justifique o interesse do credor (³).

Por fim, a circunstância de se impor ao credor o dever de agir de boa fé, no exercício do seu direito, tem como efeito que, embora não extinga a obrigação, a *difficultas prestandi* obrigará o credor a indemnizar o devedor, sempre que a dificuldade da prestação resulte de facto imputável àquele titular.

De igual direito a indemnização gozará o devedor contra o terceiro que ilicitamente tenha dificultado o cumprimento da obrigação ou agravado o seu custo.

(¹) Em sentido oposto, VAZ SERRA, na anot. ao ac. do S. T. J., de 27-X-1970, na R. L. J., 104.º, pág. 214, onde se considera a teoria do «limite do sacrifício» imposta pelo princípio da boa fé e pela interpretação das declarações negociais que fundam a obrigação. Contra esta última afirmação é, porém, inteiramente pertinente a observação, feita por LARENZ e outros autores, de que o devedor se não obriga a despender este ou aquele esforço, mas a *realizar a prestação*, efectuando todas as diligências que para tal se mostrem necessárias.

(²) Haverá, além disso, que ter em linha de conta, não como causa de *impossibilidade* da prestação, mas como fundamento de *inexigibilidade* (temporária) da obrigação aqueles casos em que à exigência da prestação se *oponha* a existência de *direitos* ou *deveres* de plano superior ao direito de crédito (nomeadamente os *direitos fundamentais* do devedor).

(³) A disposição correspondente do Código civil alemão (§ 251, II) é um dos argumentos em que se baseiam alguns dos juristas alemães para defender a tese da equiparação da mera *excessividade* da prestação à sua *impossibilidade*: ESSER, § 33, I, pág. 203.

Se a dificuldade for apenas devida a circunstâncias fortuitas (desvalorização da moeda, estragos causados por temporais ou outros acidentes da natureza), terá o devedor de suportá-los inteiramente à sua custa, mesmo que a prestação se torne acentuadamente onerosa e que ele tenha usado de toda a diligência exigível para prevenir a situação. Nenhuma violação do princípio da boa fé haverá na exigibilidade da prestação, quando assim seja, desde que o credor mantenha um compreensível interesse na sua realização (1).

Só quando o exercício do crédito, em face das circunstâncias, exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, o devedor poderá legitimamente faltar ao cumprimento, não por *impossibilidade* da prestação, mas pelo abuso no exercício do direito do credor.

298. *Impossibilidade objectiva e impossibilidade subjectiva.* Para que a obrigação se extinga, basta que a prestação seja *impossível* para o devedor? Ou será ainda necessário que a impossibilidade se estenda a toda e qualquer pessoa?

Por outras palavras: causa extintiva da obrigação é a impossibilidade *objectiva* (*Unmöglichkeit*, na terminologia técnica dos autores

(1) Também DIEZ-PICAZO (n.º 837 e segs.) tende a aceitar um *limite* ao esforço exigível do devedor, com fundamento na ideia de que o devedor só responde pelos danos causados ao credor quando falta *culposamente* ao cumprimento da obrigação (cf., entre nós, o disposto no art. 798.º). A verdade, porém, é que a conjugação dos textos dos artigos 790.º, 1, 791.º e 798.º leva a concluir que para a obrigação se extinguir não basta alegar e provar que, não obstante toda a diligência exigível do devedor, ele a não pode cumprir. A obrigação só se *extingue* quando há realmente impossibilidade (objectiva) da prestação. E também se sabe que a própria impossibilidade objectiva não basta para afastar o *«commo duno»* de representação. Tudo sinais de que a lei considera que o devedor, ao contrair a obrigação, não só se compromete a preparar em tempo oportuno os *meios* necessários ao cumprimento e a afastar os obstáculos a este cumprimento (diligência preparatória e diligência preventiva), como assume o *risco* de a prestação se lhe tornar *impossível* (subjectivamente) de cumprir, desde que não haja impossibilidade objectiva da prestação (que inclui a mera impossibilidade de ele se fazer *substituir* por terceiro no cumprimento: art. 791.º). Cfr. L. MOSCO, *est. cit.*, n.º 12, na *Enc. del dir.* e PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985, n. 53, especialmente nota 545.

alemães) ou a mera impossibilidade *subjectiva* (*Unvermögen*), atinente ao obrigado? (¹).

O artigo 791.º responde directamente à questão, dizendo que «a impossibilidade relativa à pessoa do devedor importa igualmente a extinção da obrigação, se o devedor, no cumprimento desta, não puder fazer-se substituir por terceiro».

Trata-se, portanto, dum critério formalmente oposto ao que o artigo 401.º, 3, consagra para o caso da impossibilidade *originária*.

Quanto à impossibilidade superveniente, a resposta à questão da persistência ou da extinção da obrigação depende da *natureza* da prestação devida.

Tratando-se de *prestação não fungível*, ou seja, de prestação em que, pela sua natureza intrínseca, pela estipulação das partes ou por disposição da lei, o devedor não possa ser substituído por terceiro, basta a impossibilidade *subjectiva* para que a obrigação se extinga.

Se, pelo contrário, a prestação for fungível, só a impossibilidade *objectiva* constitui causa extintiva do vínculo (²).

A, artista de variedades, obriga-se a participar num espectáculo em certa data. Adoece gravemente nesse dia, ficando impossibilitado de cumprir: a obrigação extingue-se.

B compromete-se a fornecer certa quantidade de géneros ou de produtos da sua fábrica. O facto de a sua colheita falhar, de a fábrica ter sofrido avaria grave, que paralisou a sua laboração, ou de ter sido mandada encerrar, por ordem das autoridades, não o

(¹) Esta distinção não se identifica com a distinção entre a *impossibilidade absoluta* e a chamada *impossibilidade relativa*.

A impossibilidade *subjectiva* (atinente apenas ao devedor) tanto pode ser *absoluta* (caso de o devedor da prestação de facto *não fungível* cair em estado de coma, com perda absoluta de consciência por ex.), como *relativa* (caso do artista cuja vida corre grave risco com o cumprimento da obrigação). E outro tanto pode afirmar-se em relação à impossibilidade *objectiva*, que também será *absoluta*, quando ninguém pode prestar, e *relativa*, quando a prestação para todos seja *excessivamente onerosa* ou *difícil*.

(²) Outro é o entendimento dado ao artigo 791.º por PESSOA JORGE (*Ensaio*, pág. 105 e segs.), para quem a impossibilidade *subjectiva* só não será exoneratória quando, nos termos da *própria obrigação*, o devedor estiver vinculado a fazer-se substituir por terceiro.

exonera da obrigação. E o mesmo se diga, *mutatis mutandis*, da alienação de coisa alheia.

A dureza que a solução possa revestir em certos casos, forçando o devedor a sacrifícios aparentemente excessivos para cumprir, não é ao direito civil, através do afrouxamento do vínculo obrigacional, que compete atenuá-la, mas ao direito processual civil, impedindo na acção executiva a penhora e a venda judicial de bens essenciais à vida e ao sustento do executado e do seu agregado familiar (art. 822.º a 824.º do Cód. Proc. Civil).

Há quem relacione a distinção entre a *impossibilidade objectiva* e a *impossibilidade subjectiva* com a classificação das obrigações em *obrigações de meios* e *obrigações de resultado*.

Há casos, diz-se, em que o devedor, ao contrair a obrigação, se compromete a garantir a produção de certo resultado em benefício do credor ou de terceiro, como o vendedor, que, ao vender determinada coisa, se obriga a transferir o domínio e a posse da coisa alienada. São as chamadas obrigações de *resultado*.

Outras vezes, porém, o devedor, ao contrair a obrigação, não fica adstrito à produção de nenhum *resultado* ou efeito: promete apenas realizar determinado esforço ou diligência para que tal resultado se obtenha. A obrigação é apenas de *meios*, e não de *resultado*. O médico não se obriga a *curar* o doente, a recuperar a sua saúde, comprometendo-se apenas a tratá-lo, a assisti-lo, com vista à sua *possível cura do mal*; outro tanto se podendo afirmar, *mutatis mutandis*, quanto ao advogado, no contrato de mandato ou patrocínio judiciário.

Nas primeiras, diz-se, só a *impossibilidade objectiva* exonera o devedor, ao passo que, nas outras, tanto a *impossibilidade objectiva* como a *subjectiva* constituíam causa liberatória do obrigado.

O critério mais certo, quanto à eficácia liberatória da impossibilidade, é, porém, o que consta do artigo 791.º.

Se o devedor garante certo *resultado*, em termos de se poder fazer substituir por terceiro no cumprimento da obrigação, só a

impossibilidade objectiva extinguirá o vínculo; e nem essa, se o devedor se tiver obrigado em termos de responder perante o credor, mesmo quando a prestação se torne objectivamente impossível, assumindo o *risco* da não verificação do resultado previsto, qualquer que seja a sua causa (contanto que esta não seja imputável ao próprio credor).

Pode, no entanto, a obrigação ser apenas *de meios*, e haver elementos, apesar disso, para concluir que o devedor se pode (e deve) fazer substituir por terceiro no cumprimento dela: quando assim seja, também só a impossibilidade objectiva exonerará o devedor do vínculo que contraiu.

299. *A impossibilidade da prestação, a frustração do fim da prestação e a realização do fim da prestação por outra via* (¹). A impossibilidade da prestação nasce frequentemente de um acto *imputável* ao devedor (que inutilizou ou fez desaparecer a coisa devida; faltou ao cumprimento na data estabelecida, no negócio de prazo absolutamente fixo; alienou a favor de terceiro o móvel que prometera vender ao credor). Mas pode resultar outrossim, não só de circunstâncias fortuitas ou de força maior (a inutilização ou desaparecimento da coisa devida provém de um facto da natureza; a proibição do negócio prometido procede de uma lei posterior à celebração do contrato) ou de facto de terceiro, como também de *um facto do credor*.

A lei prevê expressamente esta última hipótese, quando, a propósito dos contratos *bilaterais*, alude (no art. 795.º, 2) à impossibilitação da prestação por causa *imputável* ao credor.

Obrigando o credor a responder pela contraprestação, a despeito de não receber a prestação, a lei quer manifestamente referir-se aos casos em que a impossibilidade da prestação debitória resulta de um acto *censurável* ou *reprovável* (*culposo, hoc sensu*) do

(¹) VAZ SERRA, *Impossibilidade superveniente, desaparecimento do interesse do credor, casos de não cumprimento da obrigação*, Lisboa, 1955, n.ºs 16 e segs., pág. 134 e segs.

credor (que intencional ou culposamente contribuiu para a inutilização ou desaparecimento da coisa devida, que culposamente reteve o devedor na altura em que ele devia realizar a prestação de serviço, etc.).

Ao lado, porém, dos casos desse tipo, outros há em que a impossibilidade provém ainda de um *facto relativo ao credor*, mas sem que a este possa ser assacada a menor *culpa* na sua verificação. O doente, a quem o cirurgião deveria operar, morre entretanto; o barco, que o rebocador ia safar, afunda-se, mal o contrato com a empresa proprietária do rebocador havia sido concluído; o aluno, a quem o professor dava aulas de canto, ensurdece por completo ⁽¹⁾.

As situações deste tipo (que escapam manifestamente à letra e ao espírito do n.º 2 do art. 795.º) têm suscitado na doutrina estrangeira duas ordens de dificuldades: uma, de carácter teórico; outra, de natureza prática.

A primeira refere-se ao enquadramento *dogmático* de semelhantes situações. Os autores têm dificuldade em catalogá-las como casos de *impossibilidade* da prestação, visto o devedor continuar em condições de, por si, *realizar o comportamento devido* (o cirurgião, de operar; o rebocador, de safar o barco; o professor de música, de dar as aulas de canto). E aqueles que, como WIEACKER ⁽²⁾ e KÖHLER ⁽³⁾, deliberadamente as inserem na categoria da *impossibilidade*, alargam de caso pensado o conceito de *prestação*, para nele incluírem, não só o *comportamento* ou *conduta* a que o devedor se encontra adstrito, mas também o próprio *interesse* (primário) do credor nesse comportamento ⁽⁴⁾.

(1) Vide estes e outros exemplos do mesmo estilo referidos (e largamente examinados) por KÖHLER, *ob. cit.*, pág. 17 e segs.

(2) *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, nos *Festschrift für NIPPERDEY*, 1965, I, pág. 783 e segs.

(3) *Ob. cit.*, pág. 22 e segs.

(4) De todas as dificuldades da doutrina, no enquadramento sistemático destas e outras situações afins, dá notícia desenvolvida BAPTISTA MACHADO, *Risco contratual e mora do credor*, Coimbra, 1988, pág. 9 e segs.

A segunda dificuldade consiste na fixação do tratamento jurídico adequado a estas espécies, qualquer que seja a sua exacta qualificação.

Há quem entenda que, não tendo o credor a menor *culpa* na verificação da causa perturbadora da relação obrigacional, nenhuma razão há para o considerar vinculado à sua contraprestação e para se não aplicar, conseqüentemente, a tais situações o regime entre nós fixado no n.º 1 do artigo 795.º⁽¹⁾ (perda do direito à contraprestação, por parte do devedor desonerado). Outros, pelo contrário, sustentam que, apesar de o credor não ter culpa na *frustração* do fim da prestação, o facto de a *causa* dessa frustração se referir mais a ele do que à contraparte torna justo que o devedor não perca o direito à contraprestação. O *risco* da frustração do fim da prestação correria, assim, por conta do credor, e não do devedor desonerado.

Esta segunda dificuldade será examinada a propósito dos *efeitos* da impossibilidade da prestação. Quanto à primeira, importa logo observar que os casos de *frustração* do fim da prestação podem perfeitamente caber dentro do conceito de impossibilidade (da *prestação*).

Se não engloba, de facto, o *interesse* do credor (que é já um elemento estranho à prestação debitória⁽²⁾), a *prestação* nem sempre se limita ao círculo da realidade dominado pela vontade do devedor. Há, em muitos casos, elementos estranhos, circunstâncias exteriores, que integram ou condicionam a actuação do obrigado, de tal modo que a sua falta gera uma verdadeira *impossibilidade* da prestação.

A operação, que o cirurgião se obrigou a realizar, pressupõe, além da actuação profissional do obrigado, a vida do paciente. Se este morre, a operação torna-se impossível, porque não se opera

(¹) Correspondente, na sua doutrina, ao § 323 do BGB.

(²) Cfr. vol. I, n.º 39, pág. 163 e segs.

um cadáver. Da mesma forma, a empresa proprietária do rebocador não se comprometeu a realizar as operações *abstractamente* necessárias ao desenganche dum barco: obrigou-se a *desenganchar* aquele barco. Se este se afundou entretanto, a prestação prometida pelo dono do rebocador tornou-se *impossível* (1).

Problema análogo ao dos casos de frustração do fim da prestação suscitam as hipóteses em que o *fim da prestação* é obtido por outra via, que não o cumprimento da obrigação.

A mandou vir um reboque, com o fim de retirar o veículo que obstruía a saída da sua garagem. Entretanto, antes de o reboque chegar, apareceu o dono da viatura, que a retirou. O barco, que encalhara e devia ser safado pelo rebocador que para o efeito se contratou, desenganhou inesperadamente por acção natural das águas, antes de o rebocador iniciar a operação. O doente, que devia ser operado, curou-se antes de a intervenção principiar.

Enquanto, nos casos normais de *impossibilidade*, o interesse do credor fica definitivamente por satisfazer, nas hipóteses que acabam de ser descritas o interesse do credor fica plenamente satisfeito. Só que foi preenchido por uma outra via, que não o cumprimento da obrigação, tornando por esse facto igualmente *impossível* a prestação a que o devedor se encontrava adstrito (2): não se pode *retirar* o veículo que já saíra do local pelos seus meios normais; não se operam órgãos sãos, ou já curados da deficiência de que padeciam; não se desenganha um barco que já se conseguiu

(1) Só há, porém, verdadeira *impossibilidade* (da prestação), tratando-se de supostos cuja falta impede a verificação do efeito *imediato* ou *primário* da prestação debitória e não a produção de qualquer efeito posterior. Como exemplos deste último tipo, pode citar-se o caso do empregado que compra um automóvel com o fito de assegurar o seu transporte diário para o local de trabalho, mas que o não consegue por virtude de reprovações sucessivas no exame de condução, ou do estudioso que compra na livraria o exemplar de um livro acabado de editar e encontra a seguir, em casa, um exemplar desse livro oferecido pelo autor ou pelo editor: cfr. KÖHLER, *ob. cit.*, pág. 81 e segs.; LARENZ, § 21, I, c).

(2) WIEACKER, *ob. cit.*, pág. 807; BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, 1969, pág. 27 e segs.

safar pelos seus próprios meios ou por acção dos elementos naturais.

Embora por caminhos diferentes, todas as situações examinadas conduzem ao mesmo resultado prático: a *impossibilidade* da prestação⁽¹⁾.

300. *Não exercício (definitivo) do direito, por causa imputável ao credor.* Distintos dos que acabam de ser referidos (de verdadeira impossibilidade da prestação, segundo o conteúdo da obrigação), são aqueles casos de *não exercício definitivo* do direito à prestação, que BAPTISTA MACHADO⁽²⁾, no seu interessantíssimo estudo sobre a matéria, coloca à cabeça do largo espectro de situações que se propôs examinar.

Trata-se do caso de *A* reservar passagem num cruzeiro turístico, mas, a caminho do barco, ter sofrido um acidente que o impossibilitou de partir; ou de *B* ter reservado um bilhete para certo espectáculo e se ter impossibilitado de assistir, por ter sido acometido de doença súbita.

Casos a que se poderiam acrescentar, na mesma linha orbital de situações, os de *C*, em qualquer das hipóteses de reserva de passagem ou de bilhete, ter deliberado pura e simplesmente, à última hora, não participar no cruzeiro ou não assistir ao espectáculo, podendo fazer uma coisa ou outra.

Em nenhuma das hipóteses se pode, com rigor, falar de verdadeira *impossibilidade* da prestação⁽³⁾.

(1) CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, n. 15, especialmente nota 125.

(2) *Risco contratual e mora do credor (risco da perda do valor-utilidade ou do rendimento da prestação e desperdício da capacidade de prestar vinculada)*, Coimbra, 1988, sep. do *Bol. Fac. Dir.*, pág. 4.

(3) No mesmo sentido, parece, BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, pág. 54, quando escreve: «... o problema da repartição do risco contratual não é um problema necessariamente solidário com o da impossibilidade da prestação, pois pode apresentar-se como um problema autónomo a resolver por critérios próprios».

Pode antes acontecer que a prestação deva ser *havida como feita*, sempre que a perda do seu valor ou o desaparecimento da sua utilidade resultem de mora do credor ou de contingências da esfera de risco do credor».

A prestação (a actividade exigível do devedor) não só era possível, no momento aprazado para o cumprimento da obrigação, como foi inclusivamente realizada (no caso de o cruzeiro se ter efectuado ou de o espectáculo ter sido levado a cabo).

O que houve, em qualquer dos casos, foi o não exercício do direito à prestação no momento próprio, visto se tratar de prestações com termo absolutamente fixo. E porque de prestações com termo absolutamente fixo se trata, nem sequer de mora do credor será correcto falar — mas sim de não exercício definitivo do direito à prestação, cujo regime é estudado a propósito dos casos de mora do credor.

É de importância capital, na determinação do regime completo a que tais situações estão sujeitas, a distinção básica, desenvolvida por BAPTISTA MACHADO, entre o chamado *risco da prestação*, a cargo do devedor, e o *risco da utilização dela*, que recai sobre o credor.

301. *Impossibilidade temporária: mora não imputável ao devedor* (1). A impossibilidade da prestação pode, como se prevê no artigo 792.º, ser apenas temporária.

O impedimento do único porto por onde podem sair as mercadorias cessará dentro de semanas. A doença grave, que incapacitou (acidentalmente) o devedor de cumprir, demorou algumas horas apenas. A greve, que impediu a entrega da mercadoria na data estipulada, findou ao cabo de poucos dias. A ordem de transferência do dinheiro de um país para outro, necessária ao cumprimento da dívida, sabe-se que vai demorar ainda meses, mas que virá.

Se a causa da demora no cumprimento fosse devida a culpa do devedor, este responderia pelos danos que a mora trouxe ao credor. Não lhe sendo imputável, não responderá por tais danos; mas não ficará exonerado da obrigação, visto ser temporário ou transitório o obstáculo ao cumprimento. O efeito da impossibilidade

(1) VAZ SERRA, *ob. cit.*, n. 8, pág. 60 e segs.

temporária será, portanto, o de exonerar o devedor dos danos moratórios, mas só enquanto a impossibilidade perdurar.

Há casos, porém, em que, não sendo a prestação efectuada dentro de certo prazo, seja qual for a razão do não cumprimento, a obrigação se considera *definitivamente não cumprida*. São, de um modo geral, os casos da prestação com *termo absolutamente fixo* ou em que a demora no cumprimento faz desaparecer o interesse do credor na prestação.

Assim sucede, quando a lei fixa um prazo máximo para a realização do acto a que o devedor se obrigou ⁽¹⁾, bem como na generalidade dos casos em que, expressa ou tacitamente (através da *finalidade* atribuída à prestação), as partes fixaram um *termo (essencial)* ⁽²⁾ para o cumprimento, findo o qual o credor já se não considera vinculado a aceitar a prestação, com o fundamento de que esta já lhe não interessa (cantor ou pianista que adoece no dia em que devia participar no sarau para que foi contratado).

Em todos estes casos, que o n.º 2 do artigo 792.º pretende retratar, a impossibilidade temporária equivale, teórica e praticamente ⁽³⁾, à impossibilidade definitiva. Também só pode haver não

⁽¹⁾ Cfr. o ac. do S. T. J., de 12-1-1971 (no Bol. Min. Just., 203.º, pág. 150), embora tenha sido proferido com base nas disposições do Código de 1867.

⁽²⁾ Sobre o *termo essencial*, v. ANDREOLI, *Appunti sulla clausola risolutiva espressa e sul termino essenziale*, na *Riv. trim. de dir. civ.*, 1950, págs. 72 e segs.; NATOLI, *Il termino essenziale*, na *Riv. dir. comm.*, 1957, I, pág. 221 e segs.

⁽³⁾ Pode, no entanto, suceder (especialmente quando a existência do *termo* para o cumprimento da obrigação proceda de estipulação das partes) que das circunstâncias decorra que só ao credor será lícito equiparar a impossibilidade temporária à definitiva, continuando o devedor vinculado se, não obstante o decurso do termo, o credor ainda manifestar interesse em receber a prestação. Cfr. VAZ SERRA, *Impossibilidade superveniente por causa não-imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor*, no *Bol. Min. Just.*, 46.º, pág. 63.

Haja em vista os termos da distinção feita pelos autores alemães entre negócios *absolutamente fixos (absolute Fixgeschäfte)* e negócios *geralmente* ou *simplesmente fixos (gewöhnlichen Fixgeschäfte)*: LARENZ, § 21, I, a).

cumprimento definitivo, e não simples mora, nas obrigações de prestação negativa, muito embora o não cumprimento possa aí ser *parcial*, quando se trate de prestações negativas *duradouras*.

302. *Efeitos da impossibilidade*: A) *Extinção da obrigação*. A principal consequência da impossibilidade (superveniente) da prestação não imputável ao devedor é a *extinção da obrigação* ⁽¹⁾, perdendo o credor o direito de exigir a prestação e não tendo, por conseguinte, direito à indemnização dos danos provenientes do não cumprimento ⁽²⁾. Efeito que se verifica, quer a impossibilidade provenha de facto do credor ou de terceiro, quer resulte de caso fortuito ou da própria lei ⁽³⁾.

O facto de terceiro só não extinguirá a obrigação, se for praticado por alguma daquelas pessoas que, pela relação de dependência em que se encontram perante o obrigado (comissário, auxiliar, filho menor, pupilo, etc.), responsabilizem este perante o credor.

O caso fortuito consiste no facto natural (tempestade, inundação, desabamento de terras, descarrilamento de comboios, doença do devedor, etc.), cujas consequências o devedor não possa evitar e em cuja verificação não tenha culpa. Se, usando da diligência normalmente exigível, o devedor não tinha possibilidade de prevenir a verificação do evento, nem o reflexo que ele teve sobre a prestação debitória, nenhuma responsabilidade lhe poderá ser assaçada.

Nada obsta também a que a impossibilidade proceda de um facto da autoria do devedor e a obrigação se extinga de igual

(1) Semelhante é a fórmula usada no § 275 do BGB, ao considerar o devedor livre (ou exonerado: *frei*) da obrigação.

(2) Sem prejuízo, entretanto, do direito que o credor possa ter ao chamado «*commodum*» de representação (art. 794.º): v. *infra*, n.º 303; e sem embargo de, tratando-se de contrato bilateral, o credor ficar desonerado da respectiva *contraprestação*.

(3) *Vide*, quanto ao caso especial da empreitada, quando a execução da obra se torne impossível por causa não imputável a qualquer das partes, o disposto no artigo 1227.º.

forma. Basta que o facto não seja *imputável, stricto sensu*, ao devedor, como se ele destruiu *sem culpa* a coisa devida. É ao devedor que incumbe, no caso da responsabilidade contratual, provar que a impossibilidade da prestação não procede de culpa sua: artigo 799.º, 1⁽¹⁾.

303. B) «*Commodum*» de representação. Se, porém, em virtude do facto que determinou a impossibilidade, o devedor adquirir algum direito sobre certa coisa ou contra terceiro (pessoa que destruiu a coisa devida; o Estado ou outra pessoa colectiva pública, que a expropriou; a companhia seguradora, que assumiu o risco da perda ou perecimento da coisa; etc.), já se não justificaria que tal direito não aproveitasse ao credor.

Esta a razão de ser do disposto no artigo 794.º, que consagra o chamado «*commodum*» de representação em benefício do credor, sem necessidade de o beneficiário provar qualquer prejuízo correspondente⁽²⁾.

Tendo a obrigação por objecto a prestação de coisa determinada, normalmente só haveria lugar ao «*commodum*» de representação, substituição ou sub-rogação, se o domínio se não tiver ainda transferido para o credor, no momento em que a prestação se torna impossível. Se, nesse momento, a coisa já pertence ao credor, o direito contra o terceiro que culposamente a houver destruído, ou contra a companhia seguradora que a tiver segurado, por exemplo, nascerá directamente no património do credor.

Haverá também lugar ao «*commodum*» de sub-rogação nos casos de *alienação* de coisa indeterminada ou de alienação feita com

(1) Cfr. RAAPE, *Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung*, no AcP, 147, pág. 217 e segs.; BALLERSTEDT, *Zur Lehre vom Gattungskauf*, nos *Festschrift für NIPPERDEY*, 1955, pág. 261.

(2) Sobre os possíveis benefícios abrangidos no «*commodum*» de representação, v. VAZ SERRA, *ob cit.*, pág. 53.

reserva de propriedade, se o credor não for ainda titular de um direito real, quando a prestação se impossibilita.

Entendem alguns autores⁽¹⁾ que há lugar ao «*commodum*» de representação, não só nos casos em que o direito adquirido pelo devedor se destina a substituir a coisa *desaparecida* ou *inutilizada* (*commodum ex re*), mas também naqueles em que o facto gerador da impossibilidade da prestação, não envolvendo a perda ou a inutilização da coisa, causa o seu afastamento da *disponibilidade* do devedor (*commodum ex negotiatione*). Neste último caso, o direito do credor recairia sobre o *correspondente* adquirido pelo devedor em virtude da alienação da coisa.

A hipótese de uma alienação da coisa devida, mediante um acto não imputável ao devedor, dificilmente se concebe num sistema jurídico como o português, em que a alienação de coisa determinada goza, em princípio, de eficácia real. Se ela, porém, se verificar (v. gr., alienação a terceiro da coisa devida, ainda não transferida para o domínio do credor, mediante acto do procurador, sem culpa do mandante-devedor), nada obsta a que se lhe aplique também, se for caso disso, a doutrina do artigo 794.º.

304. C) *Perda do direito à contraprestação.* A prestação cuja realização se torna impossível pode fazer parte de um contrato bilateral. O táxi que ia prestar certo serviço a um cliente não pôde chegar a casa deste, porque a polícia lhe interditou a passagem, ou porque violenta tromba de água cortou o único caminho por onde podia transitar.

Neste caso, como é sabido, o devedor fica desonerado da sua obrigação, desde que a causa da impossibilidade da prestação lhe não seja imputável. Mas será o cliente, credor da prestação, obrigado a pagar a viagem? Se já tiver pago, poderá exigir a restituição do preço?

(1) BROX, pág. 138 e LARENZ, § 21, I, b).

A resposta depende, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 795.º, do facto de a causa da impossibilidade *ser* ou *não* ser imputável ao credor.

Na primeira hipótese, o credor terá que efectuar a *contraprestação*, embora possa descontar nela (art. 795.º, 2) o valor do benefício que o devedor eventualmente tiver com a exoneração.

A coisa que devia ser reparada ardeu, porque o credor da reparação, dono dela, intencional ou culposamente lhe puxou fogo. Nesse caso, o credor terá que pagar o preço fixado para a reparação, abatido o *lucro* que o devedor porventura haja tido, aproveitando o tempo que doutro modo gastaria com a reparação acordada.

Na segunda hipótese, diz o artigo 795.º, 1, fica o credor desobrigado da contraprestação⁽¹⁾. Se já a tiver realizado, terá o direito de exigir a sua restituição; atendendo, porém, à *falta de culpa* do devedor, a restituição far-se-á segundo os termos mitigados do enriquecimento sem causa.

É a consequência normal do mecanismo (*sinalagma*) próprio do contrato bilateral. O devedor fica desonerado da obrigação, mercê da impossibilidade da prestação. Como, porém, a prestação é o correspectivo da contraprestação, o devedor liberado perde imediatamente o direito à contraprestação, sem ser sequer necessário pedir a resolução do contrato.

Em vez de optar pela sua desoneração ou pela restituição da contraprestação, o credor pode preferir o «*commodum*» de representação ou de sub-rogação, se a ele houver lugar, visto que a faculdade conferida no artigo 794.º também se aplica às obrigações pro-

(1) Salvo se a impossibilidade da prestação provier do perecimento ou destruição da coisa e o risco desses eventos correr por conta do credor.

Não sendo esse o caso, pode dizer-se que, embora a impossibilidade da prestação desonere o obrigado, é este quem sofre o *risco* das despesas que já tenha feito com os preparativos da prestação: ESSER, *ob. cit.*, § 33, VI.

venientes de contratos bilaterais. O que o credor não pode é cumular o «*commodum*» de representação com a sua desoneração, embora possa reduzir a sua contraprestação na medida em que a vantagem por ele subsidiariamente adquirida não equivalha à prestação debitória.

Ao lado, porém, dos casos em que a impossibilidade da prestação procede de causa imputável ao credor (art. 795.º, 2), e em que este, não obstante a extinção da obrigação a cargo do devedor, se mantém adstrito à *contraprestação*, e ao lado dos casos em que, não havendo culpa do credor, o devedor fica desonerado da obrigação, mas perde o direito à *contraprestação*, há as hipóteses em que a impossibilidade da prestação procede de uma causa *ligada à pessoa ou aos bens do credor, embora não imputável a este*.

É o que sucede na generalidade dos casos de *frustração do fim da prestação ou consecução, por outra via, do fim da prestação*. O barco, que devia ser rebocado, afunda-se, ou safa-se pelos seus próprios meios. O doente, que devia ser operado, morre ou cura-se naturalmente, antes de o cirurgião chegar ao local onde a intervenção se faria.

Nestes casos, repugnaria ao espírito do artigo 795.º a solução de obrigar o credor (ou seus herdeiros) a efectuar a *contraprestação*. Mas também não seria justo que o devedor houvesse de suportar, sem nenhuma compensação, as despesas que tenha feito ou o prejuízo que haja sofrido, sabendo-se que a causa da impossibilidade da prestação se registou numa *zona de risco* que é mais do credor do que do devedor.

A solução que pode e deve extrair-se, por analogia com o disposto no artigo 468.º, 1, para os casos deste tipo, é a de reconhecer ao devedor da prestação de serviços, que sem culpa sua se tornou impossível, o direito a ser indemnizado, quer das despesas que fez, quer do prejuízo que sofreu.

305. D) *A questão do risco*. As regras examinadas nos números precedentes podem ser perturbadas pelos princípios que, dentro

do sistema, regulam o *risco* do perecimento ou deterioração da coisa. A perturbação está, porém, circunscrita aos contratos *comutativos*, visto o problema do *risco* ser, no fundo, o problema do *risco da contraprestação* ⁽¹⁾.

Não basta, com efeito, no âmbito desses contratos, saber que o devedor fica desonerado. A coisa, que o vendedor devia entregar, pereceu; mas o devedor já recebera o preço dela. Será obrigado a restituí-lo?

A primeira regra que, neste domínio, importa reter é a de que «nos contratos que importem a transferência do domínio sobre certa coisa ou que constituam ou transfiram um direito real sobre ela, o perecimento ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante corre por conta do adquirente» (art. 796.º).

A vende a B certa coisa móvel, que é destruída por um incêndio não imputável a A. Como o domínio sobre a coisa se transferiu para B no próprio momento do contrato, é por conta de B (credor e adquirente da coisa) que corre o risco de tal evento. Por isso, o credor não gozará nesse caso dos direitos conferidos no artigo 795.º, 1, tendo, pelo contrário, de entregar o preço devido, se ainda o não tiver pago, ou podendo o vendedor retê-lo, se ele já tiver sido entregue.

É a aplicação das máximas do direito romano: *res perit domino; casum sentit creditor; periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit* (Instit., 3, 23, 3).

O princípio está, no entanto, sujeito a alguns desvios ou adaptações ⁽²⁾.

⁽¹⁾ M. ANDRADE, *ob. cit.*, pág. 428; G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazione*, 1934 ns. 25-27.

⁽²⁾ Quanto ao risco no contrato de empreitada, há que ter especialmente em conta o disposto no artigo 1212.º que distingue entre a empreitada da construção de móveis (um barco, uma mobília) e a da construção de imóveis. Neste último caso, sendo o terreno pertença do dono da obra, o *risco* do perecimento dos materiais fornecidos pelo empreiteiro corre por conta deste, enquanto se encontram no esta-

A vendeu um automóvel a B, mas obrigou-se a entregá-lo só passados quinze dias após a celebração do contrato, para que o pudesse utilizar ainda numa viagem que projecta fazer.

Se, entretanto, o automóvel perecer por caso fortuito, o risco corre por conta do alienante e não do adquirente. É a doutrina consagrada no n.º 2 do artigo 796.º: «Se, porém, a coisa tiver continuado em poder do alienante em consequência de termo constituído a seu favor, o risco só se transfere com o vencimento do termo ou a entrega da coisa, sem prejuízo do disposto no artigo 807.º».

Outra adaptação, que o princípio comporta, é a exigida pelos contratos feitos *sob condição*.

Sendo a condição resolutiva, como a cláusula não impede o efeito translativo (imediate) do contrato, o risco do perecimento da coisa corre por conta do credor (adquirente): mas, para tal, é necessário que a coisa lhe tenha sido entregue.

Se a condição for suspensiva, como o domínio ou o direito (real) sobre a coisa se não transfere ou se não constitui enquanto o evento se não verifica, o risco durante a pendência da condição corre por conta do alienante; uma vez verificada a condição, o risco passa naturalmente a correr por conta do credor (adquirente): artigo 796.º, 3.

No caso especial das obrigações *alternativas* e das obrigações *genéricas*, a questão do risco há-de solucionar-se de acordo com o momento da transferência do domínio sobre o objecto da prestação para o credor.

Se as quantidades de feijão ou de milho, com que o devedor pensava cumprir a obrigação (genérica), se inutilizaram sem culpa

leiro. Mas passa a correr por conta do dono da obra, à medida que os materiais vão sendo incorporados no solo. Quanto à locação, vejam-se os artigos 1032.º e segs.; quanto ao comodato, artigo 1134.º; etc. Sobre a interpretação destes preceitos e dos seus lugares paralelos, PIRES DE LIMA e A. VARELA, *Cód. Civ. anot.*, II, *anotações aos respectivos artigos*.

sua, mas antes de a obrigação se ter *concentrado* sobre as espécies para o efeito apartadas, é ele quem, não exonerado do dever de prestar, suporta o *risco* do facto. E o mesmo regime se aplica, com as necessárias acomodações, ao caso das prestações em *alternativa* ou das obrigações pecuniárias (hipótese de desaparecimento das espécies pecuniárias com que o devedor pensava cumprir).

O artigo 797.º refere-se ao caso especial de a coisa, por força da convenção, dever ser enviada para local diferente do lugar do cumprimento.

A vende a B, em Lisboa, certa quantidade de mercadorias, que se obriga a enviar por caminho de ferro para Faro.

Quando assim seja, a transferência do risco opera-se *com a entrega* ao transportador ou expedidor da coisa ou à pessoa indicada para execução do envio.

Interessa fundamentalmente determinar, nestes casos, o lugar do cumprimento da obrigação, a fim de sabermos se o local para onde a coisa é enviada coincide com ele ou é diferente dele, pois só à última hipótese se refere o preceito legal.

Ora, a determinação do lugar do cumprimento da obrigação constitui, em princípio, uma questão de interpretação da convenção. Assim, se o preço de mercadoria é fixado à porta da fábrica, isso significará, em regra, que é o local da produção o lugar do cumprimento da obrigação.

Se o preço é estipulado *FOB (free on board)* ou *FOR (free on railway)*, deve considerar-se como lugar do cumprimento o cais ou a estação ferroviária onde a mercadoria é embarcada. Se o preço é fixado *CIF (cost, insurance and freight)*, tudo se passa como sendo o cais do porto de destino da mercadoria o lugar de cumprimento, embora interesse sempre saber que espécies de *riscos* ou *avarias* foram incluídos no contrato de seguro; se o preço é apenas *C & F (cost and freight)*, excluindo por conseguinte o *seguro (insurance)* da mercadoria, tudo se passa, para efeitos de risco, como sendo o lugar de cumprimento o cais de embarque.

Advirta-se ainda que todas estas regras concernentes ao risco, como aliás as regras relativas aos efeitos da impossibilidade, têm carácter supletivo (arg. *a contrario* do art. 809.º). Nenhumas razões de interesse ou ordem pública impedem que os contraentes fixem em termos diferentes o regime do risco do *perecimento* ou *deterioração* da coisa.

Como nada obsta, por outro lado, a que o devedor *garanta* o credor contra o risco da impossibilidade não imputável da prestação, obrigando-se a indemnizá-lo, nesse caso, pelo valor correspondente.

306. *Regime da impossibilidade parcial. Resolução do contrato.* E se a impossibilidade for apenas *parcial*? Se o incêndio ou o ciclone tiverem destruído parte apenas da coisa devida? Se a doença grave tiver impossibilitado só algumas das actuações a que o artista se obrigara? Se o abalo de terra tiver destruído só uma parte da casa arrendada?

Nesse caso, à semelhança do regime prescrito para a *nulidade* ou *anulabilidade parcial* do negócio jurídico (art. 292.º), o devedor ficará exonerado mediante a prestação do que for possível. Quanto à parte restante, a impossibilidade, desde que não seja imputável ao obrigado, continua a constituir causa extintiva da obrigação.

Pode, todavia, suceder que a obrigação se insira num contrato a título oneroso, por forma que à prestação (tornada parcialmente impossível) corresponda uma *contraprestação*. Nesse caso, embora se justifique a exoneração do devedor, seria injusto que, diminuindo a prestação, se mantivesse a *contraprestação*, tal como foi estipulada, se o facto impeditivo de parte da prestação se não integrar na *esfera* ou *zona* dos riscos que correm por conta do credor.

Se o artista se impossibilitou, depois de dar apenas dois dos quatro recitais a que se obrigara, compreende-se que ele não responda pela parte da prestação que não pôde cumprir. Mas não se justificaria que o empresário houvesse de pagar a remuneração

correspondente aos quatro recitais, quando se realizaram somente dois.

Nesse sentido manda a parte final do n.º 1 do artigo 793.º que, no caso de ser cumprida parte apenas da prestação devida, por virtude da impossibilidade da restante, se reduza *proporcionalmente* a contraprestação a que a outra parte estiver vinculada. Sempre que se trate de contrato oneroso de alienação de bens ou de constituição de encargos sobre eles, a redução da contraprestação far-se-á nos termos do artigo 884.º, 1 e 2 (cfr. art. 939.º).

Há casos, no entanto, em que o cumprimento parcial da prestação não tem interesse para o credor, porque à finalidade do contrato só convém a prestação *total*.

À fábrica que comprou certa quantidade de produtos, ao restaurante que encomendou certa porção de géneros ou ao empreiteiro que encomendou certa quantidade de mármore com determinadas características, pode nada interessar, de facto, a entrega de parte apenas da mercadoria, dos géneros adquiridos ou do mármore encomendado.

Quando assim seja, é lícito ao credor, nos termos do n.º 2 do artigo 793.º, recusar o cumprimento parcial, *resolvendo* o negócio ⁽¹⁾.

Esta e outras disposições paralelas revelam bem que a *resolução* do contrato bilateral não tem como pressuposto essencial a violação *culposa* da obrigação que recai sobre a outra parte.

(1) Vide, em sentido paralelo, o disposto no artigo 1050.º do Código Civil e ainda no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 385/88, de 25 de Outubro (correspondente ao antigo artigo 1069.º do Cód. Civil, na sua primitiva redacção): BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da resolução por incumprimento*, Coimbra, 1979, pág. 7. Sobre os termos e efeitos da resolução, v. *infra*, n.º 314.