

ANTUNES VARELA

PROFESSOR APOSENTADO DA FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA
PROFESSOR HONORÁRIO DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
E
MEMBRO DA ACADEMIA DOS JURISTAS
EUROPEUS DE PAVIA (ITALIA)

DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL

VOLUME I

10.ª EDIÇÃO, REVISTA E ACTUALIZADA

(REIMPRESSÃO)



ALMEDINA
COIMBRA – 2003

II e III, 2.ª ed., 1948; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 4 vols., 1953-1955; CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, 1948; GALIANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1.º e 2.º, 1990; GANGI, *Le obbligazioni*, 1951; GIORGI, *Teoria delle obbligazione*, 7.ª ed., 9 vols., 1925-1930; GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, 1968; GROSSO, *Obbligazioni*, 3.ª ed., 1966; LUZZATTO, *Le obbligazioni nel dir. ital.*, 1950; RESCIGNO, *Trattato di dir. priv.*, I, 1985; SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni*, 1950; SPINELLI, *Obbligazioni in generale*, 1971; TRABUCCHI, *Istituzioni*, 38.ª ed., 1998.

Portugal: Além dos numerosos estudos publicados por VAZ SERRA no *Boletim do Ministério da Justiça*, como trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, que são elementos fundamentais para o conhecimento de todo o direito das obrigações (referidos a propósito de cada instituto), importa destacar: ANDRADE (M.), *Teoria geral das obrigações*, 3.ª ed., 1966; BASTOS (J.), *Das obrigações em geral*, I a IV, 1972; COELHO (PEREIRA), *Obrigações* (sumários das lições), 1967; CORDEIRO (MENEZES), *Direito das obrigações*, I e II (1980) e III (1990); COSTA (ALMEIDA), *Direito das obrigações*, 7.ª ed., 1998; FARIA (RIBEIRO), *Direito das obrigações*, 2.ª ed., I e II, 1987/88; MOREIRA (G.), *Instituições*, II, 2.ª ed., 1925; PIRES DE LIMA E A. VARELA, *Noções fundamentais de direito civil*, I, 6.ª ed.; *Id.*, *Código Civil anotado*, I, 4.ª ed., e II, 3.ª ed., 1987 e 1986; TELLES (GALVÃO), *Direito das obrigações*, 6.ª ed., 1989; VARELA (A.), *Das obrigações em geral*, I, 9.ª ed., e II, 7.ª ed., 1998 e 1999; *Id.*, *Direito das obrigações*, I e II, FORENSE, Rio de Janeiro, 1977 e 1979.

Suíça: TUHR (von), *Allg. Teil des schw. Obligationenrechts*, 1924-25; OSER E SCHÖNENBERGER, *Das obligationenrecht*, 1961; GÜHL, *Das Schw. Obligationenrecht*, 7.ª ed., com a colab. de MERZ E DE KUMMER, 1980.

SECÇÃO II CONCEITO, ESTRUTURA E FUNÇÃO DA OBRIGAÇÃO

SUBSECÇÃO I CONCEITO DE OBRIGAÇÃO

11. *Aceções do termo obrigação. Conceitos afins.* O termo *obrigação* é usado, tanto na linguagem corrente como na própria literatura jurídica, em sentidos diversos.

Diz-se que o inquilino é *obrigado* a pagar a renda, como se afirmava que todos têm *obrigação* de respeitar a propriedade alheia, que o mandatário é *obrigado* a aceitar a revogação do mandato, que o réu é *obrigado* a contestar os factos articulados pelo autor, ou que as partes são *obrigadas* a reduzir a compra a escritura pública, se ela tiver por objecto coisa imóvel; como se diz ainda que temos *obrigação* de pagar os impostos lançados pelo Estado ⁽¹⁾ e antigamente se dizia tínhamos *obrigação* de cumprir o *serviço militar*.

Nestas frases de uso quotidiano confundem-se *figuras* muito diferentes umas das outras, na sua expressão vinculativa ⁽²⁾, que à ciência jurídica cumpre distinguir.

(1) O termo *obrigação* é ainda usado, fora do direito, para designar as situações em que, à luz de outros complexos normativos (como a moral, a religião, a cortesia, os usos sociais, etc.), uma pessoa se encontra vinculada a certo comportamento: os ricos são obrigados a dar o supérluo (*quod superes*) aos pobres; os jovens são obrigados a saudar os mais velhos, etc. M. GIORGIANNI, cap. 1, n.º 1.

(2) A maior parte das *obrigações* arranca na sua origem de *conceitos* ou *sentimentos éticos* (o dever de respeitar a vida e a fazenda alheia, o bom nome de outrem, o dever de cumprir os contratos livremente celebrados, etc.). Mas só quando se transpõe o limiar da consciência individual norreada pela moral para se entrar na área da conduta externa exigida pela convivência social se pisa o terreno específico das obrigações e dos deveres jurídicos. Cfr. a proposição KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, I, § 7 e BETTI, *Dottr. giuridico (teoria gen.)*, na *Enc. del dir.*, pág. 55 e segs.

1) *Dever jurídico*. A primeira dessas noções, a de mais amplo recorte, é a do *dever jurídico*.

O dever jurídico é a *necessidade imposta pelo direito (objectivo)* ⁽¹⁾ a *uma pessoa de observar determinado comportamento*. É uma *ordem*, um *comando*, uma *injunção* dirigida à inteligência e à vontade dos indivíduos ⁽²⁾, que só no domínio dos factos podem cumprir ou deixar de o fazer. Não é simples *conselho*, mera *advertência* ou pura *exortação*; a exigência da conduta (imposta) é normalmente acompanhada da *cominação* de algum ou alguns dos meios coercitivos (*sanções*) próprios da disciplina jurídica, mais ou menos fortes consoante o grau de exigibilidade social da conduta prescrita ⁽³⁾.

O dever tutelado pela sanção pode ser ditado no interesse da colectividade ou do Estado, de uma generalidade de pessoas, ou de pessoas determinadas. Quando a ordem jurídica confere às pessoas em cujo interesse o dever é instituído o poder de disporem dos meios coercitivos que o protegem — quando, por outros termos, o fun-

(1) Fora da área dos deveres jurídicos ficam os deveres *morais*, *sociais* ou *religiosos* (o respeito pelos velhos, a defesa dos fracos, o auxílio aos pobres, a adoração de Deus, o amor ao próximo como a nós mesmos, etc.), que podem ter relevância para o direito, mas que não são sancionados pela ordem jurídica como deveres dos cidadãos.

(2) As mais das vezes, dentro dos processos correntes da técnica legislativa, os deveres não são directamente enunciados através de um *comando explícito*. A lei limita-se a *punir* ou a *castigar* a sua infração, como sucede no comum das prescrições do direito criminal. *Quem detiver, prender, manter presa ou detida outra pessoa, ou de qualquer forma a privar da sua liberdade, diz por exemplo o artigo 160.º do Código Penal, será punido com prisão até 2 anos.

(3) A noção dada não significa que *todas* as normas jurídicas se traduzam em *ordens*, *comandos* ou *imperativos*. Não envolve, por outros termos, uma adesão à concepção *imperativista*, por contrastar com a concepção *valorativa* do sistema jurídico; cf., a propósito, CIAM, *Autinfortidità e colpevolezza*, 1966, *passim*.

Tão-pouco se contesta a possibilidade de as normas jurídicas, além de *ordenarem* ou *proibirem* certos actos, se limitarem a *permitir* outros. *A facultade (o agere licet; o Einzelbehauptungs, de que fala a doutrina alemã, por contraposição com o direito-matriz propriedade, usufruto, direito de crédito, etc.; ENNECKER-UNTERREDEY, § 72, 1. 4, pág. 437) pode nascer directamente da norma e não apenas como efeito reflexo ou indirecto da proibição dirigida contra os outros: PUGLIESE, *Usignifato, uso-ablazione*, n.ºs 12-13.*

cionamento da tutela do interesse depende da *vontade* do titular deste — diz-se que ao dever corresponde um *direito subjectivo* ⁽¹⁾. O direito subjectivo é o poder conferido pela ordem jurídica a certa pessoa de *satis-exigir* determinado comportamento de outrem, como meio de *satis-facção* de um interesse próprio ou alheio ⁽²⁾. O titular do *direito subjectivo* não é, assim, apenas um *vigilante* interessado do comportamento prescrito; é o *arbitro* ou o *juiz* da vantagem do funcionamento, em cada caso concreto, da tutela jurídica do *dever* ⁽³⁾, mesmo quando dela não possa dispor livremente (*direitas indisponíveis*).

(1) LEHMANN, *Allgemeiner Teil des BGB*, 14.ª ed., 1963, § 10, III; SANTORO-PASSARELLI, *Teoria geral do direito civil*, trad. M. ALARCÃO, 1967, n.º 15; PALERMO *Obbligazione giuridica*, *Nouv. Dig. Ital.*, n. 2. Se o comportamento imposto for ditado no interesse *público*, ou seja, no interesse da colectividade ou de uma generalidade de pessoas (os comerciantes, os industriais de certo ramo de actividade) acontece naturalmente que o *direito* de o exigir ou de reprimir a sua inobservância, confiado a certas entidades, constitui ao mesmo tempo, ele próprio, um *dever*, pela natureza dos interesses que estão em jogo.

A forma de conciliar os dois aspectos do *poder* conferido às entidades encarregadas de velar pela observância do comportamento prescrito varia muito de caso para caso, no próprio direito penal, onde mais avulta a necessidade do exercício sistemático do poder de exigir certas formas de conduta, principalmente a abstenção de certos factos.

(2) A necessidade de contemplar os dois aspectos (*contido e fim*) do poder jurídico na definição do direito subjectivo é realçada por ENNECKER-UNTERREDEY (*Allg. Teil*, § 72 nota 3), que afastam as noções clássicas e unilaterais de WINDSCHILD (fundada na *vontade*) e de JHERING (assente no *interesse*). Cf., a vasta bibliografia citada por aqueles autores e por M. ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, I, pág. 10, nota I, sobre a noção do direito subjectivo.

(3) Que o *direito subjectivo* é alguma coisa mais do que a mera protecção de um interesse ou do que um interesse reflexamente protegido resulta, em termos inequívocos, da noção de *ilicitude* dada no artigo 483.º, I, onde, *ao lado* da violação do *direito* de outrem, se prevê a violação da disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

As normas administrativas que impõem, por ex., certos limites de velocidade, ou que decretam a vacinação obrigatória, visam proteger determinados interesses dos particulares, mas não conferem a estes um direito subjectivo.

O direito subjectivo é apenas *uma* das várias formas ou categorias que reveste o *poder* jurídico: CARLOTTA FERARA, *Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi*, na *Riv. dir. civ.*, 1960, I, n.º 5.

No direito privado, o retrato dos poderes conferidos ao titular activo da relação também não obedece a um padrão uniforme. Além da distinção entre direitos disponíveis e não

Ora, o dever *jurídico*, correspondente aos *direitos subjectivos*, não se confunde com o lado passivo das obrigações que é sempre um dever de prestar. Ao *dever jurídico* podem contrapor-se, no lado activo da relação, não só os *direitos públicos* (haja em vista os antigos deveres militares, os deveres sancionados pelo direito penal, os encargos fiscais, as prestações aduaneiras, os deveres de ordem constitucional e administrativa, etc.), mas ainda, no âmbito restrito do direito privado, tanto os *direitos de crédito* como os *direitos reais*, os *direitos de personalidade*, os *direitos conjugais* e os *direitos de pais e filhos*. Também na propriedade e no usufruto, por exemplo, há o *dever* difusamente imposto pela ordem jurídica a todos aqueles que não sejam o proprietário ou usufrutuário da coisa de se absterem da prática de actos que possam impedir, perturbar ou dificultar as faculdades de uso, fruição ou disposição atribuídas ao titular do direito. É a violação desse dever que explica logicamente a *ilicitude da agressão contra os direitos sobre as coisas*.

¶ O *dever jurídico* é assim uma categoria bastante mais ampla do que os *deveres de prestação* correspondentes às obrigações. O *dever jurídico* abrange não só as situações de vinculação de uma pessoa a uma conduta *específica* (como sucede nas obrigações), mas também as situações de vinculação de uma pessoa a um comportamento *genérico* (como sucede com os deveres gerais de abstenção, correspondentes aos *direitos reais*)⁽¹⁾.

disponíveis, há casos em que o poder de exigir determinado comportamento confiado a certas pessoas não visa tutelar interesses próprios, mas determinados interesses públicos ou a vontade expressa por pessoa já falecida (encargos testamentários estabelecidos a favor da alma do testador ou no interesse do público: cf. ANTUNES VARELA, *Essaio sobre o conceito do modo*, 1955, págs. 262 e segs.). Este condicionalismo reflecte-se, como é natural, nas faculdades de que goza o titular do poder de exigir o cumprimento do encargo: cf. o artigo 446.º, quanto aos encargos impostos sobre as próprias liberalidades entre vivos.

(1) Vide, a propósito da distinção entre deveres de conduta genérica e de conduta específica, Perlingieri, *Profillo istituzionali del diritto civile*, 1975, pág. 169 e segs..

II) *Estado de sujeição*. Diferente do dever jurídico é o chamado *estado de sujeição*, que constitui o contrapolo dos direitos potestativos⁽¹⁾ (2).

Assim, ao *poder* que tem o mandante de revogar livremente o mandato ou ao *poder* que tem o inquilino de denunciar livremente o arrendamento no termo do prazo contratual não corresponde nenhum *dever* especial por parte do mandatário ou do senhorio. Não há necessidade do seu *consentimento* ou da sua *autorização*, para que na sua esfera jurídica se produza o efeito pretendido (a revogação ou a denúncia do contrato) e, por isso mesmo, não há qualquer *comando*

(1) Chama-se *direito potestativo* (*Gestaltungsrecht* ou *Kamrecht*) na terminologia dos autores alemães — ZITHELMANN, ENNECERUS, HEILWIG e SECKEL — que foram os criadores e primeiros defensores do conceito) o *poder conjunto a determinadas pessoas de introduzirem uma modificação na esfera jurídica de outras pessoas* (criando, modificando ou extinguindo direitos), *sem a cooperação destas*.

É o que sucede com o direito de anulação, denúncia ou resolução do contrato, com as servidões legais, com o direito de preferência ou com o direito de obter a separação ou o divórcio, verificados os fundamentos de extinção litigiosa da sociedade conjugal.

O direito de *crédito* necessita da cooperação do devedor, através da prestação (positiva ou negativa) devida, para se realizar. O direito *real* (seja a propriedade, o usufruto ou a posse) também pode ser impedido por terceiro, através da prática de actos que obstem ao uso ou fruição da coisa.

No caso, porém, da anulação, da denúncia ou da resolução do negócio ou da decretação do divórcio, o efeito a que o direito tende (a modificação jurídica por ele visada) obtém-se sem a intervenção da pessoa atingida, umas vezes por simples actuação do titular, outras (como no caso de divórcio) com a cooperação do tribunal, sem que a outra pessoa, sujeito da relação, o possa impedir.

(2) Sobre os direitos potestativos, na doutrina italiana, onde a sua admissibilidade e a sua caracterização têm sido largamente controversas, vide MESSINA, *Diritti potestativi*, no *Nov. Dig. Italiano*, com citação da bibliografia mais importante (favorável e contrária à nova figura: pág. 738, nota 7) sobre a matéria; GIOVENDA, *Principi di dir. proc. civile*, 1923, pág. 33 e segs.; PURO, *I diritti potestativi (Individuazione delle fattispecie)*, 1959; CARLOTTA FERARA, *est. cit.*, espere n.º 5; BARBERO, *Sistema istituzionale*, 3.ª ed., 1950, p. 133 (que combate o conceito, mas sem se aperceber rigorosamente das suas notas típicas); A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, *Enc. del dir.*; RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, no *Enc. del dir.*, n.º 5 e 11. Cf., entre nós, além de M. DE ANDRADE *Teoria geral da rel. jur.*, pág. 12 e segs.) MOTA PINTO, *ob. cit.*, n.º 47.

dirigido a tal fim ⁽¹⁾. A contraparte está apenas *sujeita*, quer queira, quer não, a que determinados efeitos (a constituição ⁽²⁾, modificação ⁽³⁾ ou extinção ⁽⁴⁾ de um direito) se produzam na sua esfera jurídica, por simples vontade de outra pessoa, actuando estas umas vezes por si só, outras mediante recurso forçoso aos órgãos judiciais (v.g., dissolução do casamento por divórcio).

O estado de sujeição consiste exactamente nesta situação *inherível de uma pessoa ter de suportar na sua própria esfera jurídica a modificação a que tende o exercício do poder conferido a uma outra pessoa*. O titular passivo da relação nada tem de fazer para cooperar na realização do interesse da outra parte, mas nada pode fazer também para a impedir.

Do lado *activo* da relação, tem-se caracterizado o *direito potestativo* (por contraposição aos *poderes jurídicos em geral, às liberdades e às facilidades*) por uma dupla nota; o direito potestativo é inerente a uma relação jurídica *préconstituída* entre sujeitos *determinados*; e *exgota-se* com o acto do seu exercício (anulação ou resolução do contrato; revogação do mandato ou da doação; dissolução ou suspensão do vínculo matrimonial). Trata-se, por conseguinte, do poder conferido a uma pessoa de, mediante um *acto unilateral* (isolado ou apoiado em outro

(1) É precisamente esta nota da desnecessidade de *consentimento* do próprio, para que determinada relação, se crite, modifique ou extinga na sua esfera jurídica que BOTTICHER (*Gestaltungsrechte und Unterverfügung im Privatrecht*, 1964) destaca como tónica do direito potestativo.

(2) Hája em vista o direito de aquisição da comunhão em partes ou *minus divisióis* (arts. 1370.º e segs.); a ratificação do negócio celebrado sem poderes de representação (art. 268.º, 2), a servidão legal de passagem (art. 1550.º), de presa (1559.º), de aqueduto (art. 1561.º), de escanamento (art. 1563.º), etc. Sobre os casos mais importantes em que a doutrina tende a admitir a existência de direitos potestativos, v. PUJOS, *ob. cit.*, *passim*.

(3) Direito de escolha nas obrigações genéricas ou alternativas; a constituição do devedor em mora; a redução das hipotecas ou das doações, etc.

(4) Direito de anulação, de resolução ou de revogação do negócio, direito de denúncia de certas relações duradouras, direito de dissolução da sociedade; o direito de divisão da coisa comum; a exclusão do sócio; a renúncia à herança; o direito à separação de cônjuges ou ao divórcio, etc.

acto de uma entidade pública), *criar, modificar ou extinguir* uma relação jurídica com outra pessoa.

III) *Ónus jurídico*. Distinta das duas anteriores é a figura do *ónus jurídico* (e de outras situações afins).

Se alguém, que adquiere uma coisa imóvel, pretender que a aquisição se imponha a terceiros, tem de inscrevê-la nos livros do registro predial.

A necessidade do registro não corresponde a nenhum *estado de sujeição*, pois se exige do interessado a prática de um acto (que ele é livre de executar ou não) para que se produza o efeito jurídico visado. Também não há a imposição de um *dever jurídico* (suposto que não seja aplicável ao caso o regime do registro predial *obligatório*) ⁽¹⁾, quer porque o sentido da lei não é o de *impor* a realização do acto, sob a combinação de uma sanção, quer porque o registro funciona no *interesse* de quem o requer.

A ordem jurídica limita-se a atribuir certa vantagem à prática do acto, a considerar este como requisito indispensável para a obtenção daquela, mas deixando à inteira discricção do interessado a opção pela conduta que mais lhe convenha ⁽²⁾.

(1) A instituição da *obligatoriedade* do registro pelo Código do Reg. Predial (arts. 14.º e segs.) assinala a viragem do simples *ónus* para o verdadeiro *dever jurídico*. O Estado reconhece que há um interesse *pública* (superior portanto aos dos intervenientes no acto) na efectivação do registro, para maior certeza do direito e maior segurança nas transacções e, por isso, em vez de confiar na iniciativa das partes, estimulada pelo *ónus*, impõe a realização do registro como um *dever*.

(2) Essencialmente distinto da figura do *ónus jurídico*, embora os autores e as leis o criassem por vezes com o mesmo nome, é o conceito do *modo ou emargo*, como prestação acessória enxertada no negócio a título gratuito.

O *modo*, ao contrário do *ónus*, é um verdadeiro dever jurídico; o que nele há de típico é o *minuto externa* que o prende ao acto de liberalidade, proveniente da *junção* que a cláusula modal exerce junto da doação ou da disposição testamentária. O *modo* funciona como uma *limitação ou restrição* da liberalidade, e não como um *correspondente* ou *contraprestação* da atribuição patrimonial proveniente da outra parte.

Ressalvado este carácter acessório, o dever jurídico em que consiste o modo pode

O ónus consiste, assim, na *necessidade de observância de certo comportamento, não por imposição da lei, mas como meio de obtenção ou de manutenção de uma vantagem para o próprio onerado.*

São duas, por conseguinte, as notas típicas do ónus jurídico. Por um lado, o acto a que o ónus se refere *não é imposto como um dever.* O ónus é, como alguns autores sugestivamente afirmam, *un dever livre.*

À sua inobservância não corresponde propriamente uma sanção. Chama-lhe PERLINGIERI⁽¹⁾, para retratar esse lado do ónus, uma *obrigação potestativa; e* chamam-lhes os autores alemães meras *incumbências ou encargos (Obliegenheiten)*⁽²⁾.

Por outro lado, o acto não visa satisfazer o interesse de outrem, sendo estabelecido, pelo contrário, no interesse exclusivo ou também no interesse do próprio onerado; o ónus é um meio de se alcançar uma vantagem ou, pelo menos, de se evitar uma desvantagem⁽³⁾.

Integrar uma obrigação em sentido técnico (vide, por todos, TORRENTE *La donazione*, in *Treatato de CICU e MESSINEO*, 1956, n.º 136, pág. 293), mas pode também constituir uma figura diferente, quando as pessoas com legitimidade para exigir o seu cumprimento não são titulares de um verdadeiro direito subjectivo (estabelecido no seu interesse e colocado à sua disposição), mas apenas órgãos de execução da vontade do testador ou do interesse público visado pelo encargo (GANCI, *I legati*, 2, 1933, págs. 40-41; 10669); ANTUNES VARELA, *ob. e loc. cit.*; SCOZZAFAVA, *La finzione del modo nel contratto di donazione*, in *Temi*, 1978, pág. 113 e segs.; CARNEVALI, *La donazione modale*, Milano, 1969.

(1) *Ob. cit.*, n.º 130, pág. 173.

(2) LARENZ, *Allg. Teil*, 5.ª ed., § 12, II, pág. 179.

(3) *Vide* MICHELI, *L'onere della prova*, 1942, n.º 10; BETTI, *Teoria geral do neg. jurídico*, trad. port. de FERNANDO MIRANDA, 1969, págs. 210 e segs.; CARNELUTTI, *Sist. di dir. proc. civ.*, I, pág. 55; GOLDSCHMIDT, *Dir. proc. civ.*, trad. de PRIETO CASTRO, 1936, pág. 8; VON TUHR, I, 1924, § 2, IV; ENTI, *Obblighi e oneri nel processo civile*, na *Rev. dir. proc. civ.*, 1954, pág. 151; PALERMO, *Onere*, no *Nov. Dig. Ital.*; GAVAZZI, *L'onere*, Tomo 1970; RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, na *Enc. del dir.*, n.º 8; SCOZZAFAVA, *Onere (nozioni)*, na *Enc. del dir.*, e ainda ENTI, *Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozess*, na *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1954, pág. 344; SANTORO-PASSARELLI, *ob. e trad. cit.*, n.º 16, para quem, no mesmo sentido do texto, o comportamento em que o ónus se exprime é livre (não é imposto como um *dever*), mas é *necessário* (como condição legal de realização do interesse). É, de facto, em torno da distinção entre *acto devido* e *acto ilícito*, por um lado, e *acto necessário*, por outro, que CARNELUTTI estabeleceu a fronteira entre a obrigação em sentido técnico e o ónus (processual): PALERMO, *Onere*, no *Nov. Dig. Ital.*, n.º 1. Cf., entre

O mesmo acto, nota acertadamente PERLINGIERI⁽¹⁾, pode constituir um ónus jurídico para uma pessoa e representar um dever jurídico para outra. Se o adquirente de um imóvel requerer o registo do acto de aquisição na repartição competente, o requerente preencherá um ónus, enquanto a realização do acto de registo requerido constituirá um dever para o oficial público a quem o requerimento é dirigido.

A figura do ónus é relativamente vulgar, não só na área dos seguros (direito comercial), mas também no *direito processual civil*. No processo, o ónus funciona como meio de incentivar a actividade das partes em juízo (sem violentar o *princípio dispositivo*), carreamdo para a apreciação da lide o maior número possível de elementos que ajudem a exacta reconstrução da matéria de facto e preparem desse modo a *justa* decisão da lide⁽²⁾.

Os exemplos mais típicos extraídos do direito adjectivo, que revelam a verdadeira fisionomia do conceito, são o *onus de contestar* (art. 484.º do Cód. Proc. Civ.) e o *onus de impugnação especificada* (válido para ambas as partes: arts. 490.º e 505.º, I do mesmo diploma).

nós, ROGÉRIO SOARES, *Interesse público, legitimidade e mérito*, 1955, pág. 30; MOTA PINTO, *ob. cit.*, n.º 49, pág. 373, que reconduz o binómio *dever jurídico-onus* à clássica dicotomia kantiana do imperativo categórico-imperativo hipotético, filiando o diverso carácter do respectivo comando na natureza alheia ou própria do interesse a tutelar.

(1) *Ob. cit.*, pág. 175.

(2) Mas também no direito civil são vulgaríssimos os exemplos de ónus jurídicos: veja-se o ónus de denúncia dos defeitos da obra na empreitada (art. 1220.º); o ónus do aviso prévio na denúncia de certos contratos duradouros (arts. 1055.º do Código e o artigo 70.º do Regime do Arrendamento Urbano); o ónus da prova da coisa nas vendas sujeitas a prova (art. 925.º, 3); o ónus da denuncia do defeito da coisa, no caso da venda de coisa defeituosa (art. 916.º, 2 e 3); o ónus da fixação de prazo definitivo para o cumprimento feito ao devedor em mora (art. 808.º, 1); o ónus do pai que pretende vender a um filho, ou do avó que pretende vender a um neto, de obter o consentimento dos outros filhos ou netos (ANTUNES VARELA, anot. ao ac. do Sup. Trib. Just., de 25.3.1982, R.L.J., 118, págs. 343 e segs); etc.

A lei não quer *forçar* o réu a contestar a acção, nem qualquer das partes a impugnar especificadamente os factos articulados pela outra; o réu não tem (*hoc sensu*) o *dever* de contestar, nem os litigantes o *dever* de impugnar. O réu terá apenas de contestar, se quiser que não se dê como certo tudo quanto, em matéria de facto, o autor aduz na petição e se passe imediatamente ao julgamento do *aspecto jurídico* da questão; qualquer das partes terá de impugnar especificadamente os factos articulados pela outra, se não quiser que eles se considerem como provados e integrem desse modo a *especificação*, em lugar de transistarem para a *base instrutória* do processo (1).

Mas como não tem nenhum empenho directo em que tais consequências se deixem de verificar, a lei outorga aos interessados plena liberdade de decidirem como melhor lhes aprouver, de serem juizes soberanos das suas conveniências. E as partes podem realmente ter interesse legítimo (compreensível, justificado) em não contestar ou em não impugnar, quer porque os factos sejam verdadeiros, quer porque, sendo falsos embora, não conduzam a qualquer resultado vantajoso para a contraparte, quer porque o abreviamento da lide lhes traga mais vantagens do que prejuízos (com o que poupen em custos da acção, despesas, e incómodos de outra ordem) (2). Por isso

(1) Esta é a linha de orientação traçada no direito processual vigente, semelhante à da lei suíça e da lei alemã. Mas já não é, por exemplo, a solução aceite na doutrina italiana dominante (vide, por todos, De STEFANO, *Opera, dir. proc. civ.*, na *Enc. del dir.*, n.º 6).

(2) Aproximam-se, em certo aspecto, da figura do ónus certas limitações ou restrições ao principio da liberdade da forma, impostas no interesse de uma das partes e não em nome da segurança do comércio jurídico.

Assim, quando se exige certa forma para o contrato de doação, não havendo tradição da coisa (art. 947.º, 2), ou para o contrato de fiança (art. 628.º, 1), a lei também não quer impor um *dever jurídico* ao doador ou ao fiador, nem em bom rigor se pode asseverar que a observância da forma constitui para estes o meio de obterem certa vantagem. A necessidade da forma é, nestes casos, apenas um meio indirecto de defender a parte liberal contra a sua própria levandade, contra a sua precipitação ou os seus impulsos de momento.

Cf.: a propósito ANDREIA TORRENTE, *La donazione*, 1956, n.º 71 e BRONDI, *Le donazioni*, 1961, n.º 283.

mesmo, a consequência fixada na lei para a falta de impugnação especificada não pode ter o sentido de uma *sancção*, como seria próprio da cobertura (jurídica) de um *dever*.

IV) — *Direitos-deveres (poderes funcionais)*. Diferentes das situações anteriormente descritas, e distintas também dos *deveres de prestar* próprios das obrigações, são aquelas situações a que na doutrina italiana se dá o nome de *potestá* e a que, entre nós, à falta de termo técnico adequado, se tem dado a designação perifrásica de *poderes funcionais* ou *direitos-deveres*.

E o caso típico dos deveres recíprocos dos cônjuges (1), do poder paternal, da tutela, da curatela e outros institutos análogos e foi, durante muito tempo, o caso do chamado poder marital (2). São direitos conferidos no interesse, não do titular ou não apenas do titular, mas também de outra ou outras pessoas e que só são legitimamente exercidos quando se mantenhm fiéis à função a que se encontram adstritos.

Assemelham-se aos direitos subjectivos e, consequentemente, aos direitos de crédito, na medida em que conferem ao respectivo titular o poder de exigir de outra pessoa determinado comportamento. Mas distinguem-se dos direitos subjectivos patrimoniais porque o titular *não é livre* no seu exercício, tendo, obrigatoriamente que exercê-los, por um lado, e tendo de fazê-lo, por outro, em obediência à função social a que o direito se encontra adstrito.

12. *Obrigações em sentido técnico*. *Confronto com as noções próximas*. Quando, porém, no Código Civil se fixa (no Livro II) o regime das *obrigações*, ou quando os autores contrapõem as *obrigações* aos direitos reais e às restantes classes de relações jurídicas, dá-se ao vocábulo *obrigação* um *sentido técnico*, com o qual a expressão é doravante usada.

(1) Assim se explica, aliás, que, reflectindo a natureza intrínseca especial das formas de comportamento exigíveis dos cônjuges em nome da relação matrimonial, os artigos 1671.º e seguintes não falem das *obrigações* — mas dos *deveres* — dos cônjuges.

(2) Vide, a propósito, A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, na *Enc. del dir.*.

Diz-se obrigação a relação jurídica por virtude da qual uma (ou mais) pessoa pode exigir de outra (ou outras) a realização de uma prestação.

No mesmo sentido, mas definindo a relação do lado oposto, diz o artigo 397.º do Código Civil que a «obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação» (1):

Trata-se de relações em que ao direito subjectivo de um dos sujeitos corresponde o *dever jurídico de prestar*, imposto ao outro. Não se confundem com os *direitos potestativos*, nem com os *ônus jurídicos*, onde não existe um *dever jurídico*. Também se não identificam com os *direitos reais*. Nas obrigações o dever de efectuar a prestação recai apenas sobre determinadas pessoas, é um dever jurídico específico que pesa sobre o seu património. O dever (jurídico) correspondente aos direitos *reais*, traduzindo-se numa omissão generalizadamente imposta a quem quer que não seja o titular do direito, consiste pelo contrário num *dever jurídico genérico*, que não pesa especificadamente sobre o património de nenhuma delas.

Dentro da vasta categoria dos *deveres jurídicos* (2), o dever correspondente às obrigações em sentido técnico tem de característico

(1) Distinto da aceção geral em que o termo está consagrado no direito civil é o sentido especial com que é muitas vezes tomado no direito comercial.

Chamam-se *obrigações* os títulos (de crédito) representativos de empréstimos contraídos pelo Estado ou por sociedades devidamente autorizadas, que dão direito, não só à *anorização* do capital mutuado, mas a determinado juro. A designação visa mais o *documento* (material) que incorpora o direito proveniente da operação do que a relação (imaterial) nele sintetizada.

As obrigações (*hoc sensu*) distinguem-se das acções (arts. 298.º e segs. do Código das Sociedades Comerciais; cfr. arts. 168.º e segs. do Código Comercial) que são títulos representativos de uma fracção do capital social e dão direito a *dividendos*, como forma de participação nos lucros da empresa, além de conferirem direito à partilha do fundo social no caso de dissolução da sociedade, e de facultarem o exercício dos *direitos sociais* (Cód. Com., arts. 195.º e 198.º).

(2) A *obrigação* em sentido estrito cabe dentro da noção mais ampla do *dever jurídico*, a qual se adapta, dentro do direito privado, não só às obrigações, como aos direitos reais, direitos de personalidade, direitos sobre pessoas, direitos pessoais familiares, etc...

ainda o facto de ser imposto no interesse de determinada pessoa e de o seu objecto consistir numa prestação.

São obrigações em sentido técnico as relações constituídas entre o comprador, que tem o dever de pagar o preço, e o vendedor, que tem o direito de exigir a entrega dele; entre o senhorio, que tem o dever de proporcionar o gozo temporário do prédio, e o arrendatário, que tem o poder de reclamá-lo; entre o credor da sociedade que exige o pagamento de uma dívida social e a sociedade ou o sócio, que responde por ela; entre a vítima do atropelamento e o condutor responsável pelo acidente.

O termo *obrigação* abrange a relação no seu conjunto e não apenas, como sucede na linguagem comum, o seu lado passivo: compreende, portanto, o *dever de prestar*, que recai sobre uma das partes, bem como o *poder de exigir* a prestação conferido à outra (1).

Quando se quer distinguir entre os dois lados da relação, que são duas faces da mesma realidade ou como o anverso e reverso da mesma medalha, chama-se *crédito* (direito de crédito) ao seu lado activo (2) e *débito* (ou dívida) ao lado oposto (3).

(1) A doutrina adopta, assim, como cognome da relação complexiva que pretende abrangar, um termo que alude preferentemente, pelo seu sentido corrente e etimológico, a um só dos lados da relação. E fenómeno semelhante ao que ocorre com a designação corrente de um direito real limitado: a *servidão*. Também o termo *servidão* é usado pelos autores para abrangar a situação jurídica, a que ele se refere, no seu conjunto, quando o sentido usual e tradicional da palavra olha de preferência para a posição do dono do prédio serviente, para um dos aspectos em que se desdobra a relação.

(2) Cfr. artigos 577.º e segs. e a epígrafe da respectiva secção (*Cessão de créditos*) e ainda os artigos 864.º e segs. do Cód. Proc. Civ., onde se trata da convocação dos credores e da verificação dos seus *créditos*, e os artigos 188.º e segs. do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, nos quais se regula, por sua vez, a reclamação dos *créditos* sobre o falido.

(3) Cfr. o artigo 395.º e a epígrafe da respectiva secção (*Transmissão singular de dividas*). Usa-se, no entanto, frequentemente a expressão *direito de crédito* para referir a relação no seu conjunto, na integridade dos seus dois aspectos, tal como a cada passo se emprega o termo *obrigações* para designar apenas o lado passivo da relação.

O próprio vocábulo *dívida*, que normalmente se usa como sinónimo de *débito*, para destacar apenas o lado passivo da relação, é correntemente utilizado na linguagem do foro,

À pessoa que tem o poder de exigir a prestação dá-se o nome genérico de *credor*⁽¹⁾; à outra, sobre a qual incide o correlativo dever de prestar, chama-se-lhe *devedor*.

A prestação que constitui objecto da obrigação consiste as mais das vezes numa *ação*, numa *actividade*, numa conduta de *signal positivo* (entregar uma quantia — comprador, inquilino; restituir uma coisa — mutuário, comodatário; prestar uma informação — consultor técnico ou jurídico; representar alguém num processo — mandatário judicial; pintar um quadro; realizar uma obra — empreiteiro). Mas pode também traduzir-se numa *abstenção*, numa *omissão* ou, como diziam os romanos, num *non facere* (não exercer certo ramo de actividade em determinada localidade, para não fazer concorrência a outrem; não comprar certo produto senão a determinada empresa ou não vender certa mercadoria, dentro de determinada área, senão a um revendedor — contratos de exclusivo; não revelar certo segredo de fabrico; não se opor a que outrem cae na sua contada; etc.). Por isso, em lugar de se dizer que a *prestação* consiste numa *ação* ou em certa *actividade* do devedor, é mais correcto afirmar que a prestação se traduz em certo *comportamento* ou *conduta* do obrigado.

1.3. *Relações obrigacionais simples e complexas*⁽²⁾. A relação jurídica em geral diz-se *uma* ou *simples*, quando compreende o direito subjectivo atribuído a uma pessoa e o dever jurídico ou estado de sujeição correspondente, que recai sobre a outra; e *complexa* ou *múltipla*, quando

e até da lei, para, com o aditamento adequado (divisas activas), crismar o lado oposto: artigos 2077.º e 2083.º do Código Civil de 1867 e artigo 1351.º do Código Processo Civil e ainda o artigo 28.º I, do Código da Sisa e do Imposto sobre as sucessões e doações. Cf. GALVÃO TELES, *Manual*, n.º 7.

(1) A expressão tem aqui um sentido muito mais amplo do que na terminologia commum, onde o *credor* é apenas aquele que tem o direito de exigir de outrem a entrega de certa soma em dinheiro.

(2) A estrutura própria das relações obrigacionais complexas volta a ser estudada, com maior desenvolvimento, a propósito da composição do vínculo obrigacional, nos n.ºs 26 e 27.

abrange o conjunto de direitos e de deveres ou estados de sujeição nascidos do mesmo facto jurídico⁽¹⁾.

A distinção tem perfeito cabimento no domínio das obrigações. Imaginemos que o estudante empresta um livro ao colega, para este, durante quinze dias, estudar determinada matéria.

Desta situação nasceu uma obrigação (relação obrigacional ou creditória) *uma* ou *simples*: o direito (*subjectivo*) do autor do empréstimo de exigir a restituição do livro e o correlativo *dever jurídico* do colega de efectuar a restituição da coisa emprestada.

Suponhamos que *A*, conduzindo o seu automóvel, atropela culposamente *B*, que atravessava a rua, com a passagem aberta para os peões. Também neste caso, se *A* tiver causado danos a *B*, se cria uma obrigação (relação obrigacional ou creditória) *uma* ou *simples*: o dever jurídico de o dono e condutor do automóvel pagar a indemnização dos danos causados e o correspondente direito subjectivo da pessoa atropelada de exigir o pagamento dessa indemnização.

Mas, se reflectirmos sobre o mais corrente e vulgar dos negócios jurídicos, que é o contrato de compra e venda, verificamos que a relação jurídica dele nascida (também de carácter obrigacional) é já uma relação (obrigação) *múltipla* ou *complexa*.

Com efeito, ao lado do dever jurídico de entrega da coisa devida (que recai sobre o vendedor) e do correlativo direito subjectivo de exigir a entrega da coisa (atribuído ao comprador), há ainda, nesse caso, o dever jurídico de o comprador entregar o preço e o correspondente direito (subjectivo) de o vendedor exigir o seu pagamento.

E maior será ainda a *complexidade* da relação obrigacional, quando a esses dois direitos e correspondentes deveres (que são comuns à generalidade das compras e vendas), outros direitos e deveres correlativos (direito à entrega de certos documentos, à compensação das despesas feitas com a realização do acto, à reparação ou substituição da coisa,

(1) M. ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, n.º 2.