

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 JURISPRUDENTES
EUROPEUS DE PAVIA (ITALIA)

DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL

VOLUME I

10.ª EDIÇÃO, REVISTA E ACTUALIZADA

(REIMPRESSÃO)



ALMEDINA
COIMBRA - 2003

soa; é o património que deve ao património, não sendo o devedor e o credor mais do que os representantes jurídicos dos seus bens» (1). Assim, quando se constitui em obrigação, o devedor efectuará uma alienação de bens do seu património, cuja eficácia fica apenas dependente da faculdade que ele tem de resgatar os valores alienados, mediante a realização voluntária da prestação.

Esta doutrina só se explica, no entender de alguns autores (2), como reacção contra a tese dos que persistiam em ver na obrigação um vínculo de sujeição pessoal do devedor (3).

Fosse, de facto, pelo intuito de acentuar que o direito moderno havia definitivamente apagado os últimos vestígios da subordinação pessoal do devedor, fosse porque exageraram o alcance do fenómeno da *despersonalização* das obrigações, certo é que os autores vieram a tomar a nuvem por Juno, desprezando o sentido originário do direito do credor, para cuidarem apenas do fenómeno subsidiário, instrumental (embora da maior importância teórica e prática), que é a sanção ou garantia do direito.

De qualquer dos modos, a doutrina não pode ser aceita como uma representação conceptual exacta do vínculo obrigacional.

Além das razões expostas contra a teoria anterior, que depõem com igual força contra ela, a redução da obrigação a um nexó entre dois patrimónios não atende a que esta, como toda a relação jurídica, postula a existência de dois sujeitos. A circunstância de estes mudarem com extrema frequência nalguns tipos especiais de obrigações poderá servir para mostrar que não é essencial à obrigação a existência dos mesmos sujeitos (individual ou concretamente considerados), mas não demonstra, de modo nenhum, que seja dispensável a existência dos sujeitos.

(1) Cfr. os autores citados por GOMES DA SILVA, *ob. cit.*, n.ºs 49 e segs.

(2) GOMES DA SILVA, *ob. cit.*, n.ºs 51 e segs.

(3) No mesmo sentido, quanto às doutrinas patrimonialistas em geral, GIORGIANNI, *ob. e vol. cit.*, pág. 235.

E são os sujeitos, como elemento soberano da relação, quem dispõe dos meios de tutela concedidos pelo direito, quem pode exigir o cumprimento da obrigação, aceitar coisa diferente da devida, renunciar a dívida, modificar convencionalmente a prestação, ceder o crédito, etc., realizando todos estes actos fora das limitações inerentes ao intuito da representação, porque se trata de gerir em nome próprio interesses próprios.

Converter os patrimónios em sujeitos da relação, e os seus titulares em meros representantes dos bens, como fazem alguns autores, é não só desvirtuar o sentido da obrigação (1), como subverter a função do Estado e do direito positivo em face da pessoa humana. São os bens oferecidos pela natureza ou criados pelo trabalho do homem que se acham afectos às necessidades das pessoas e não os homens que constituem o instrumento jurídico posto ao serviço da conservação ou fruição dos bens, como meros representantes deles.

35. D) *A obrigação como relação complexa, integrada por dois elementos: o débito (Schuld) e a responsabilidade (Haftung)*. Bastante mais consistente, na forma como procura retratar a estrutura da relação creditória, é a doutrina que decompõe a obrigação em dois elementos distintos: o *débito (Schuld; debitum)* e a *responsabilidade (Haftung; obligatio)* (2). O primeiro consiste no *dever de prestar*, na necessidade de observar determinado comportamento; o segundo, na sujeição dos bens do devedor ou do terceiro aos fins próprios da execução, ou melhor, na relação de sujeição que pode ter por objecto, tanto a pessoa do deve-

(1) Assim se falacia por completo a noção de obrigação, diz PLANIOL (apud BONNENCASE, *ob. e vol. cit.*, pág. 41).

(2) Veja-se a vasta bibliografia relativa à teoria da *Schuld und Haftung* indicada por GERNUHNER, *ob. cit.*, § 4, pág. 63. Cfr. ainda GANGI, *Scritti giuridici vari*, 1933, I, pág. 313 e segs.; *Il concetto dell'obbligazione e la distinzione tra debito e responsabilità*, na *Nitova rivista di diritto commerciale*... 1951, especialmente n.ºs 10 e segs. e a colectânea de escritos reunidos em *Le obbligazioni*, 1951; VAZ SERA, *Obrigações — Ideias preliminares*... n.º 15; e a restante bibliografia sobre o tema citada por M. DE ANDRADE, pág. 36.

dor (antigo direito romano), como uma coisa ou complexo de coisas do devedor ou do terceiro.

Trata-se de uma concepção durante algum tempo bastante divulgada entre os autores alemães⁽¹⁾, que conquistou alguns adeptos de renome na literatura jurídica italiana, e que também na doutrina portuguesa e brasileira teve a sua repercussão⁽²⁾.

Desde há muito os juristas assinalam na vida da obrigação a existência de dois momentos sucessivos: o *dever de prestar* imposto ao devedor e o correlativo *direito à prestação* atribuído ao credor; o poder de agressão do credor sobre o património do devedor, no caso de este não cumprir, e a consequente garantia geral da obrigação.

A novidade da doutrina alemã, iniciada com as investigações de VON AMIRA, está no facto de ter feito destes dois momentos sucessivos duas *relações distintas*, com existência autónoma e diferente natureza jurídica.

O *débito* é definido como uma relação de carácter pessoal entre *credor e devedor*. Sobre o titular passivo da relação recai um dever jurídico — o dever de prestar —, cujo reflexo mais saliente está na exclusão da *condictio indebiti*, uma vez que ele cumpria.

(1) DIEZ-PRICAZO (n.º 376) lembra, entretanto, que também nos autores franceses se usam distintamente os termos *devoir e engagement*, e na literatura inglesa os vocábulos *debt e liability*. Ao mesmo tempo observa que, na língua alemã, *Schuld* não significa apenas *divida*, mas também *culpa* (pressuposto da responsabilidade) e que *Hauptung*, além de responsabilidade, significa ainda *garantia*.

(2) É notória a influência que a concepção dualista exerceu sobre a posição sustentada por GOMES DA SILVA (*ob. cit.*, pág. 159 e segs.). Para quem a obrigação se decompõe também numa relação *principal* — integrada pelo *direito à prestação* e o correlativo *dever de prestar* — e numa relação de *garantia*, consubstanciada no direito de execução. Em sentido paralelo, FÁBIO COMPARATO, *Essai d'analyse dialectique de l'obligation en droit privé*, Paris, 1964.

O próprio M. ANDRADE, que rebate a doutrina com uma crítica minuciosa e pertinente dos argumentos invocados a favor dela, não deixa de acusar o toque da sua influência ao excluir da obrigação, como elemento exterior, accidental e acessório, a *acção creditória* (*ob. cit.*, pág. 29 e 44-45).

GALVÃO TELES, que hoje repudia a tese dualista (*ob. cit.*, n.º 54), também começou por aceitá-la (*Das universalidades*, pág. 107 e segs.).

O credor, esvaziada a obrigação do momento executivo que integra a relação de responsabilidade, é que já não goza de um *direito*, mas de uma simples *expectativa* quanto à prestação. Não de uma pura expectativa *de facto*, como a do sucessível que aspira à herança do parente vivo, na falta de testamento, mas de uma *expectativa jurídica*, consubstanciada na *soluti retentio*, semelhante portanto à do titular do direito condicional. Não há, porém, dentro da relação, um *poder de exigir* conferido ao credor, visto lhe faltar o direito de proceder judicialmente contra o devedor; há apenas a *confiança* dele em que o devedor cumpria, por ser juridicamente devida a prestação⁽¹⁾.

Quanto à relação subsequente de *responsabilidade*, varia muito de autor para autor a natureza que lhe é atribuída.

É tida, no entanto, por mais representativa a tese que a considera como um *direito real de garantia* e, dentro das garantias reais, como um direito de penhor⁽²⁾.

Penhor que incidiria, não sobre os bens do devedor, individual ou concretamente considerados, mas sobre o património como uma *universalidade*, distinta dos bens *uti singuli* que em cada momento a integram.

Assim procuram os autores conciliar, no plano teórico da construção jurídica, o poder que o devedor conserva de alienar os seus bens com o direito que o credor tem de agredir o património do inadimplente e com os meios que a lei lhe concede para, independentemente da acção executiva e do vencimento da obrigação, conservar a garantia patrimonial⁽³⁾. Sobretudo estas últimas providências, algumas delas com assinalável projecção prática, atestariam a existência do direito real de garantia logo após a constituição da obrigação, antes de se recorrer à execução.

(1) PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, 1935, págs. 5-58.

(2) A. ROCCO, *Il fallimento*, reedição de 1962, n.ºs 15 e segs..

(3) Cf., entre nós, artigos 605.º e segs..

Para justificarem a autonomia entre as duas relações no comum das obrigações, os autores argumentam com os casos especiais em que afirmam haver uma relação sem a outra e com aqueles em que não há coincidência (quantitativa) entre o objecto de uma e outra.

As *obrigações naturais* constituem, no entender de muitos, o exemplo típico da relação de débito desprovida da relação de responsabilidade, visto o respectivo credor, que tem direito à prestação (reflexo na *soluti retentio*), não gozar da acção creditória. Na fiança, bem como no penhor ou na hipoteca constituídos por terceiro, ou recaindo sobre coisa que, embora pertencente ao devedor, seja adquirida mais tarde por terceiro, haveria igual dissociação entre o *débito*, que incide sobre o devedor, e a *responsabilidade*, que recai ou viria a recair sobre terceiros.

As *dívidas condicionais ou futuras*, asseguradas por fiança ou por garantia real, como o penhor ou a hipoteca (cfr. arts. 654.º; 656.º; 666.º; 3; 686.º, 2)) provam, por seu turno, a existência do vínculo da responsabilidade, durante um período mais ou menos dilatado, sem a relação de débito correspondente (1). A data da hipoteca ou do penhor não é, nestes casos, a da constituição eventual da dívida (quando se trate de dívida futura), nem a da verificação da condição, mas a do registo, quanto à hipoteca, e a da constituição do penhor, quanto ao crédito pignoratício — ponto do maior interesse prático para a hipótese da concorrência de direitos incompatíveis entre si.

A falta de coincidência entre o *objecto* do débito e o *montante* da responsabilidade verifica-se nos casos de débito em que a responsabilidade abrange só uma parte do património do devedor e naqueles em que, pelo contrário, a responsabilidade excede o montante do débito.

Assim, no caso da herança (exemplo típico de património autónomo ou separado), não há dívida que o herdeiro sucede nas dívidas do falecido: todavia, por elas não responde todo o património do novo devedor, mas apenas os bens que o sucessor recebeu do finado (cfr. art. 2 071.º).

No caso da solidariedade passiva, dá-se o fenómeno inverso: cada um dos devedores *responde* perante o credor pelo cumprimento *integral* da obrigação, conquanto *deva apenas uma quota parte* da prestação, como se verifica no domínio das relações (*internas*) entre os devedores.

36. *Apreciação crítica da teoria*: I) *Desnecessidade do desmembramento da relação creditória*. Que dizer de semelhante concepção? Qual o seu mérito no plano da ciência jurídica (da construção formal ou da elaboração dos conceitos)?

Em primeiro lugar, dir-se-á não ser *necessário* recorrer ao expediente teórico do desmembramento da obrigação em duas relações distintas para explicar conceptualmente os dados facultados pelo sistema jurídico, que a famosa teoria do *débito* e da *responsabilidade* mobiliza a seu favor.

Trata-se de soluções que podem perfeitamente ser catalogadas dentro dos quadros da chamada *doutrina clássica*, a qual, considerando a obrigação como uma relação *unitária*, está mais próxima da *unidade* vital dos fenómenos que retrata.

As obrigações naturais não provam a favor da tese da dualidade pela razão simples de que não são verdadeiras *obrigações jurídicas*, nem sequer *deveres jurídicos*: trata-se de meros *deveres morais ou sociais* juridicamente relevantes, que se não caracterizam apenas pela falta da acção creditória (1).

(1) No caso das cauções prestadas por funcionários públicos ou por gerentes, administradores ou directores de sociedades, sucede mesmo que, normalmente, não chega a constituir-se nenhuma dívida entre o autor da caução e o Estado ou a sociedade assegurada.

(1) *Vid. infra*, cap. III, secção I.

A fiança destinada a garantir dívida já existente não pode, por sua vez, ser considerada como um caso de *responsabilidade sem débito*, mas antes como um caso típico de obrigação *accessória*. O fador não é apenas *responsável*; é também *devedor*, embora *accessoriamente* (1). «O fador, escreve VAZ SERRA (2), promete ao credor o resultado de que será cumprida a obrigação principal»: promessa que expressivamente se reflecte no regime aplicável ao caso de a obrigação principal ser anulada por incapacidade ou por falta ou vício da vontade do devedor (art. 632.º, 2).

No caso da hipoteca ou do penhor constituído por terceiro (ou tendo por objecto coisa posteriormente adquirida por terceiro), não é correcta a afirmação de que a responsabilidade esteja num lado (património do terceiro), e a dívida noutra (na titularidade do devedor). O devedor, além de sujeito do dever de prestar, *responde* também pelo cumprimento da obrigação com todos os seus bens susceptíveis de penhora (art. 601.º).

É certo que, estando o cumprimento da dívida assegurado por meio de garantia real, a penhora deve principiar, no processo executivo, independentemente de nomeação, pelos bens a que a garantia se refere (art. 835.º do Cód. Proc. Civ.). Mas isso não impede que, pertencendo a terceiro os bens hipotecados ou dados em penhor, os bens do devedor continuem a responder *ilimitadamente* pelo cumprimento da dívida e possam ser sacrificados na acção executiva. Quanto ao terceiro, não pode em bom rigor dizer-se que ele seja devedor (como é o fador), nem sequer que ele *responda* pessoalmente pelo cumprimento, uma vez que a responsabilidade se limita à coisa hipotecada

(1) V., nesse sentido, além do disposto nos artigos 632.º, 2, e 636.º, a linguagem expressiva do artigo 627.º, 2.

(2) *Fiança e figuras análogas*, 1957, pág. 6. Cf., para o direito italiano (onde a fiança funciona, porém, em termos diferentes do direito português: arts. 1936 e 1944 do Cód. italiano), M. FRAGALI, *Della fiduciasione*, Com. de SCALOGIA e BRANCA, anot. ao artigo 1936, pág. 62 e segs.

ou dada em penhor e cessa, quanto a ele, logo que aliene a coisa. O conceito que melhor se adapta a esta situação não é o da *responsabilidade* desintegrada do débito, mas a figura clássica do *direito real de garantia*, que assinala melhor a função *accessória* da hipoteca em face da obrigação assegurada (1).

No caso de a hipoteca ou penhor se destinar a garantir uma dívida *condicional ou futura* (cf. as alíneas b), c) e d) do art. 705.º), há, com efeito, um aspecto da garantia que se radica desde logo, antes de a dívida estar consolidada ou efectivamente constituída.

Se o credor condicional ou futuro registar a hipoteca, ele *pre-ferrá* aos credores hipotecários cujos direitos venham a ser posteriormente inscritos no registo, ainda que os créditos destes nasçam antes de se verificar a condição ou de se constituir o crédito daquele (2).

Para explicar, porém, este efeito imediato da garantia basta a ideia de que se trata de um direito real de garantia *condicional* (3). A situação preliminar ou prodromica criada pela pendência da condição, que domina o crédito, ou pela expectativa do seu futuro nascimento justifica a preferência que desde logo se pode criar a favor do credor inscrito (4). Protecção de certo modo paralela, assente sobre análoga justificação, se concede no domínio da impugnação pauliana, quer a favor do titular de crédito ainda não vencido, quer em benefício do credor condicional (art. 614.º, 1 e 2).

Por consequência, em lugar de *responsabilidade sem débito* durante um período mais ou menos longo, o que há na hipoteca ou penhor destinado a assegurar dívida futura ou condicional é um direito (real) de garantia condicional.

(1) Num sentido que não se afasta grandemente do desenvolvido no texto, veja-se DIEZ-PICAZO, n.º 394.

(2) PIRES DE LIMA e A. VARELA, *ob. cit.*, anot. ao art. 686.º; GIORGIANNI, *ob. cit.*, pág. 180.

(3) Nesse sentido M. ANDRADE, *ob. cit.*, pág. 44.

(4) GIORGIANNI, *ob. e loc. cit.*

Quanto à responsabilidade do herdeiro, também não há nela uma dissociação do *débito* e da *responsabilidade*. A separação de patrimónios temporariamente imposta por lei para salvaguardar as legítimas expectativas dos credores da herança conduz logicamente à solução de o herdeiro suceder nos débitos do *de cuius*, tal como eles existiam na titularidade deste. O subingresso do herdeiro em nada altera a fisionomia dessas relações creditórias, que se mantêm, durante o período transitório fixado na lei (art. 2 070.º, 3), nos mesmos termos em que gravitavam na esfera jurídica do originário devedor⁽¹⁾. E assim é que, como medida de protecção dos credores da herança, não se consideram sequer extintos por confusão os créditos que o *de cuius* tivesse sobre o herdeiro (art. 871.º, 1). Tal como se não extinguem, no interesse do herdeiro, os créditos que este tivesse contra o *de cuius* (art. 872.º).

No caso da solidariedade passiva, também não é exacta a afirmação de que a responsabilidade de cada um dos devedores excede o montante do seu débito. Cada um dos devedores responde perante o credor comum pelo cumprimento integral da prestação, precisamente porque é devedor, não apenas da sua quota, mas da prestação total⁽²⁾.

Assim se explica, aliás, que a sentença favorável obtida por qualquer deles contra o credor, baseada em fundamentos comuns, aproveie a todos os outros (art. 522.º).

No domínio das relações internas o fenómeno é semelhante: cada um deles deve ao credor de regresso a sua quota parte, e por essa dívida respondem, como por todas as demais, todos os bens penhoráveis do devedor.

⁽¹⁾ A separação de patrimónios, no caso da herança, tanto protege os credores da herança como os credores pessoais do herdeiro: os primeiros são protegidos através da preferência que a lei (art. 2070.º) lhes concede; os segundos, através da limitação da responsabilidade fixada no artigo 2071.º.

⁽²⁾ No mesmo sentido, DIEZ-PICAZO, n.º 394.

Contra a tese da autonomia da *responsabilidade* patrimonial em face do *dever de prestar* depõem ainda duas circunstâncias, que os próprios sequazes da doutrina da *Schuld und Haftung* não deixam de reconhecer: a primeira é que a responsabilidade se não pode constituir sem uma dívida, ainda que futura ou condicional, em vista da qual ela se forma⁽¹⁾; a segunda é que a responsabilidade não persiste, em nenhum dos casos discriminados pelos autores, depois de extinto o débito correlativo.

Tanto uma como outra só servem, no fundo, para reforçar a ideia de que a responsabilidade (acção creditória) integra o direito à prestação, como principal sustentáculo do poder de exigir conferido ao credor.

«A responsabilidade, escreve DIEZ-PICAZO⁽²⁾, só encontra justificação através da ideia prévia do dever jurídico. É-se responsável, porque se deve ou deveu alguma coisa. A responsabilidade é, por conseguinte, uma forma de sanção do não cumprimento do débito, que é um acto antijurídico».

37. II) *Imagem defetivosa do direito à prestação e do correlativo dever de prestar*. As soluções destacadas pela teoria da *Schuld und Haftung* podem assim explicar-se conceitualmente sem necessidade de proceder à artificiosa decomposição da relação creditória em duas relações distintas e autónomas.

Mas, além de *desnecessária* no domínio dos conceitos a cargo da ciência jurídica, a teoria do *débito* e da *responsabilidade* oferece, no plano das realidades do direito legislado, uma imagem *defetivosa, imperfeita, do direito à prestação e do correlativo dever de prestar*.

⁽¹⁾ É o próprio GERNUßER (*ob. cit.*, § 4, VI, pág. 87) quem o reconhece, apesar da sua notória inclinação para fazer, efectivamente, da *Schuld* e da *Naftung* à luz dos dados específicos do direito alemão, dois conceitos distintos.

⁽²⁾ *Ob. cit.*, n.º 396.

Limitando praticamente todos os efeitos jurídicos da primária relação de débito à exclusão da *conditio indebiti*, por parte do devedor, e à concessão da *soluti retentio*, por banda do credor, os autores reduzem a posição deste a uma simples expectativa ou a um estado de confiança (fiducial) jurídica (1), e a do devedor a um simples estado de pressão psicológica (2), a uma pura necessidade moral ou racional (3), ou a um dever livre, na terminologia paradoxal de Brunetti (4).

Ora, a realidade é outra.

Quando o credor interpela o devedor, não o faz em atitude de pura expectativa do cumprimento espontâneo, ou de mera confiança na lealdade deste; não vai de mãos vazias. A interpelação do devedor tem o sentido natural de uma exigência, é um acto conscientemente praticado no uso de um poder jurídico ou de um direito. Ainda que o credor o não afirme de modo explícito, a reclamação do cumprimento subentende-se que é feita sob a cominação dos meios coercitivos predispostos pela ordem jurídica para tutela da obrigação, entre os quais avulta a acção creditória, e também a resolução do negócio, quando a obrigação nasce dum contrato bilateral (5). São estes meios que emprestam maior força ao vínculo, que mais fortemente lhe imprimem o cunho da juridicidade, e que, por isso mesmo, não devem ser desintegrados da obrigação (6), sob pena de ficar desvirtuado o sentido das posições do credor e do devedor (7).

(1) Segundo PACCHIONI (Delle obbligazioni in generale, 2.^a ed., 1935, pág. 17), na relação de débito não há um verdadeiro credor (*ahsiste creditor appellati*).

(2) *Previdenza giudiziantemente qualificata* chama BRUNETTI (pág. 113) a posição do credor.

(3) PACCHIONI, *ob. cit.*, pág. 16.

(4) GOMES DA SILVA, *ob. cit.*, pág. 98.

(5) *Apud* GIORGIANNI, pág. 18.

(6) De expectativa amada fala BARASSI (*ob. cit.*, I, pág. 43) para, em linguagem sugestiva, caracterizar a posição do credor como titular do direito a prestação.

(7) Já VON TUNIK (I, pág. 9) advirta que o dever jurídico se distingue do simples dever moral, enquanto a sua observância é assegurada através dos meios exteriores do poder estadual.

(8) E mais se desvirtua ainda o sentido real das coisas, quando se reduz a relação de

«O conceito de obrigação, escreve MENGONI (1), não se esgota na relação de débito, no chamado dever de cumprimento, pois implica, como elemento coessencial, um vínculo de responsabilidade, que tem por objecto a prestação, sempre possível, do (equivalente pecuniário do) interesse no cumprimento» (2).

De outro modo, nem sequer será logicamente possível distinguir entre a situação do devedor e a do terceiro, estranho à relação. Se também este tem, tal como o devedor, a faculdade de efectuar a prestação; se também a ele, uma vez realizada a prestação, a lei recusa a *conditio indebiti*; se o próprio credor não pode, em princípio, recusar a prestação de terceiro, nada nos permitiria afinal, dentro da chamada relação de débito, destringar a posição de um e outro.

E o desvirtuamento da realidade não fica por este aspecto. Pois, não encontrando na relação de débito nenhum direito subjectivo do credor, os autores foram naturalmente solicitados a deslocar o direito de crédito para a relação da responsabilidade, identificando-o com o direito de agressão do património do devedor, o que equivale a confundir a direcção principal da obrigação, a sua substância, com os meios *instrumentais* ou *accessórios* que a tutelam, com a sanção.

38. E) *Teoria classica: a obrigação como direito pessoal e como relação unitária*. Depois de refuladas as concepções apreciadas nos números

débito, pelo lado do credor, como fazem Siber e outros autores, a um *dever de receber* (sob pena de incorrer em mora e nas respectivas consequências). Cfr., a propósito, R. NICCOLO, *ob. cit.*, págs. 49 e 50, nota 62.

Com a observação formulada não se pretende tomar posição na questão, muito diferente, de saber se, ao lado do poder de exigir, o credor não tem ainda o dever de receber a prestação.

(1) *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzo»*, na *Riv. dir. com.*, 1954, I, pág. 283, nota 13.

(2) No mesmo sentido escreve OPPO (*ob. cit.*, pág. 253): «dever e ser-se obrigado ou responsável são para a lei termos indissolvemente ligados como faces da mesma medalha». Na obrigação normal, afirma por seu turno LUZZATTO (*ob. cit.*, pág. 259), mais do que uma simples *unita*, há uma verdadeira *fusão* ou *combinação* de elementos.

precedentes, fácil se torna compreender, em todos os seus aspectos, a chamada concepção clássica da obrigação.

A obrigação é, na sua principal direcção, o direito a um comportamento *passivo* do devedor. O seu objecto é a *acção* ou *omissão* a que o titular passivo da relação se encontra adstrito. Mesmo quando a prestação debitória consiste numa prestação de coisa, o direito do credor tem por objecto imediato ou directo a *actividade* do obrigado (a translação do domínio sobre a coisa, a *entrega* ou a *restituição* dela) e não a própria coisa, em si mesma considerada ⁽¹⁾. Assim se explica, aliás, que a obrigação se extinga, quando a prestação debitória se torne impossível, por causa não imputável ao devedor (art. 790.º, 1), apesar de o devedor ter eventualmente bens no seu património por onde responder, e que a impossibilidade originária da prestação gere a nulidade do negócio jurídico (art. 401.º, 1).

Sustentando o contrário disto, deslocando o eixo da obrigação para o seu elemento real ou patrimonial, os autores confundem a direcção *principal* da relação creditória com a sua *sanção*, que é um momento subsidiário dela. E acabam por eliminar o traço fundamental de distinção entre os direitos de crédito e os direitos reais.

Mas essa concepção, apesar de errônea, teve o seu mérito. Chamou a atenção dos autores para a importância fundamental que reveste, na economia da relação creditícia, a *garantia* da obrigação. Sem a acção creditória, desprovida do seu elemento real, o direito de crédito mal passaria, com efeito, de uma pura *expectativa* do credor ao cumprimento.

E a acção creditória (embora como simples sanção, como momento *subsidiário* da relação, e não como elemento *principal* desta) que converte a expectativa do credor num verdadeiro *direito*, fortalecendo

(1) Trata-se de um direito à *prestação*, e não de um *direito sobre o objecto* da prestação (cf. *supra*, n.º 32). Se o devedor, por ex., alienar a coisa devida, o credor não poderá exercer o seu direito contra o terceiro adquirente; se aquele faltar ou se tornar insolvente, não terá o credor direito a exigir que a coisa (devida) seja separada da massa falida ou insolvente.

decisivamente o seu poder de exigir a prestação ⁽¹⁾. A dívida, como escreve Ferrara ⁽²⁾, não consiste apenas no dever de prestar, mas no dever de prestar sob a coacção da ordem jurídica.

É certo que constituem aspectos diferentes, assinalando momentos distintos, o poder de exigir a prestação, por um lado, e a acção creditória, por outro, como distintos desta são os vários poderes de que goza o credor, para tutela do seu direito, antes de recorrer à acção executiva. A própria acção creditória pode revestir diferentes configurações, ter objectos diferentes em momentos sucessivos: umas vezes destina-se a obter a prestação devida (execução específica ou mediante restituição natural), outras o ressarcimento do dano causado pelo não cumprimento (execução por equivalente) ⁽³⁾. A indemnização por equivalente pode, em certo momento, ter um valor, e adquirir em momento posterior um valor bastante mais elevado, por virtude do dano que entretanto haja sobrevindo ao credor.

Nenhuma destas circunstâncias impede, porém, que o poder de exigir a prestação e a acção creditória sejam, com a relação instru-

(1) Ao lado da acção de cumprimento e execução, há que referir os meios de conservação da garantia patrimonial (art. 605.º e segs.). Assegurando em certos termos a consistência prática da garantia, estas providências reforçam também, conquanto indirectamente, o direito do credor à prestação.

(2) *Traité de droit civile*, I, pág. 311; cf. ainda SIBER, *Grundriss des Schuldrechts*, 1931, pág. 1 e segs. O próprio LARENZ (§ 2, III, pág. 19), a despeito de considerar a acção creditória como elemento não essencial da obrigação, reconhece que «sem responsabilidade, uma vez excluído da ordem jurídica o sistema da auto-defesa, o credor ficaria à mercê da boa vontade do devedor, a qual pode ter grande importância, mas não daria em muitos casos para assegurar a realização da pretensão».

(3) Esta modificação de objecto pode operar-se (e dar-se-á muitas vezes) antes de ser instaurada a acção creditória. Tornando-se a prestação impossível por causa imputável ao devedor (art. 801.º, 1), desaparecendo o interesse do credor na prestação em consequência da morte do devedor (art. 808.º, 1), o direito do credor passa imediatamente a ter outro objecto, diferente da prestação inicial. E, não obstante a modificação, a obrigação persiste, mantendo-se as garantias que asseguravam o seu cumprimento, continuando a correr o prazo prescricional em curso, vigorando contra o credor as mesmas excepções, etc. Cf. AUBRY e RAU, *Cours*, VI, pág. 229 e segs..

mental que as une, peças *integrantes* do mesmo sistema. Todas as diversas facetas que reveste o poder do credor e, correlativamente, o dever do obrigado são elementos do mesmo *processo*, parcelas da mesma *unidade global*, moléculas do mesmo *corpo* ou *organismo*, a que muitos autores reconduzem figurativamente a relação obrigacional.

A dificuldade que alguns autores sentem para reconduzir todos aqueles elementos (nomeadamente o poder de exigir a prestação e a acção creditória) à mesma unidade conceitual, que é a obrigação, provém da tendência generalizada para se considerar esta como uma relação *una* ou *simples*, e não como relação *complexa* que ela é na realidade, ou como verdadeiro *processo* que se desenrola no tempo ⁽¹⁾.

É interessante a catalogação de situações que GERNHUBER ⁽²⁾, por exemplo, faz dentro da relação obrigacional modelo, ao distinguir sucessivamente, dentro dela, os *deveres de prestar sinalagnáticos*, os *restantes deveres de prestação*, os *deveres de prestação laterais ou secundárias*, os *deveres de cooperação* e de *tutela da confiança*, os *deveres acessórios de conduta*, os *poderes modificativos* ou *constitutivos*, as *restantes situações jurídicas* e os *ónus do credor*.

Todavia, só a concepção *unitária* da relação obrigacional se mostra capaz de retratar aquilo que pode chamar-se a unidade *ontológica* da obrigação, através das diversas vicissitudes a que o vínculo obrigacional está sujeito — unidade que se reflecte em múltiplos aspectos do regime da relação.

⁽¹⁾ No mesmo sentido remata MOTA PINTO (n.º 58, *in fine*) uma série de considerações sobre o tema, afirmando que «a obrigação em sentido amplo permanece idêntica, embora, no seu conteúdo, tenha surgido um dever secundário de prestação em vez, ou ao lado do dever primário». Cf. ainda CLOVIS COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, 1976. Na abundatíssima literatura germânica sobre a matéria, vide HERHOLZ, *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung*, no AcP, 130, pág. 257 e segs.; ZEPPO, *Zu einer "gestalttheoretischen Auffassung des Schuldverhältnisses*, AcP, 153, pág. 486 e segs.; e GERNHUBER, *Bürgerliches Recht*, 2.ª ed., 1983, § 14, pág. 116 e segs.

⁽²⁾ *Ob. e loc. cit.*

Não é a diversidade de *objecto* entre o *direito* inicial à prestação e a *acção creditória*, mesmo quando esta tenha por fim a indemnização por equivalente, que constitui obstáculo lógico intransponível à integração dos dois poderes na mesma *relação obrigacional* ⁽¹⁾.

Do ponto de vista da lógica estrita, tão correcto é incluir na antiga *obligatio* dos romanos a reacção contra a liberdade ou a vida do devedor, como integrar no moderno conceito de obrigação a sanção contra o património do obrigado, dada a *relação de pertinência* existente entre o inadimplente e os bens sujeitos à responsabilidade. Não podendo reagir, por óbvias razões, contra a pessoa (a vida ou a liberdade) do devedor inadimplente, o direito investe contra o seu património, sendo certo que este é, como alguns autores afirmam, uma espécie de projecção da personalidade do titular sobre o mundo exterior.

SUBSECÇÃO III

FUNÇÃO DA OBRIGAÇÃO

39. *A obrigação ao serviço do interesse do credor. Repercussão do interesse do credor no regime da obrigação. Concluída a análise da estrutura da*

⁽¹⁾ Em sentido diferente, GOMES DA SILVA (*ob. cit.*, pág. 128 e segs. e ainda *Ensaio sobre o direito geral de garantia nas obrigações*, 1965, págs. 104 e segs.), para quem há um fosso lógico intransponível entre o direito pessoal a *determinada prestação* e a possibilidade de executar *bons intentamente* distintos dos compreendidos na prestação.

A concepção clássica poderia deste modo aceitar-se, quando esteja em jogo a execução específica ou mediante restituição natural, mas falharia como explicação lógica do fenómeno da execução por equivalente.

A verdade, porém, é que a responsabilidade do património do devedor, no caso da execução por equivalente, se adapta perfeitamente ao esquema da doutrina clássica, quer pela relação de pertinência existente entre o devedor inadimplente e o património sacrificado, quer pelo facto de a indemnização imposta ao devedor ter por medida o prejuízo *concretamente* causado ao credor pela *falta da prestação devida* ou pelo seu defectuoso cumprimento.

No sentido de que a obrigação de indemnizar nascida do não cumprimento não constitui uma nova obrigação, mas uma *continuação* da anterior, vide, por todos, CARBONNIER, n.º 70, pág. 268, e os autores por ele citados.