

ANTUNES VARELA

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

DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL

VOLUME I

10.ª EDIÇÃO, REVISTA E ACTUALIZADA


ALMEDINA
COIMBRA - 2000

Modalidades das obrigações

As relações entre os vários credores assentam sobre o princípio paralelo de que cada um deles tem apenas direito à sua parte no crédito comum — parte determinada segundo os mesmos critérios que procedem quanto à pluralidade de devedores. O credor que tenha recebido, por si só, a prestação devida, fica constituído na obrigação de entregar a cada um dos outros a sua parte ou, não sendo isso possível, a permitir que eles exerçam sobre a coisa o seu direito de cotitulares. Este direito podia existir já antes da prestação (quando, por ex., a obrigação indivisível é obrigação de *restituir*) ou constituir-se só depois dela (se a obrigação indivisível é, por hipótese, obrigação de *dar*).

SUBSECÇÃO II

OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS E OBRIGAÇÕES GENÉRICAS (*)

235. *Noção. Generalidades.* Outra classificação das obrigações quanto ao objecto, circunscrita às obrigações de *prestação de coisas*, é a que distingue entre *obrigações específicas* e *obrigações genéricas*.

Diz-se *específica* a obrigação cujo objecto mediato é individual ou concretamente fixado: a entrega do *automóvel* comprado em segunda mão, a transmissão do *prédio X* da Avenida da Liberdade, a restituição do *relógio* emprestado.

Genérica é a obrigação cujo objecto está apenas determinado pelo seu *género* (mediante a indicação das notas ou características que o distinguem) e pela sua *quantidade*: a entrega de *vinte almudes de vinho*,

(*) VAZ SEIRA, *Obrigações genéricas. Obrigações alternativas* — obrigações com *faculdade alternativa. Obrigações de juros*, 1956; GROSSO, *Note in tema di obbligazione generica*, na *Riv. dir. civ.*, II, 1956, pág. 605; SENSINI, *La specificazione nella compravendita di genere*, 1934; BALLERSTEDT, *Zur Lehre vom Gattungskauf* no *Festschrift für Nipperdey*, 1955, pág. 261; FISCHER, *Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden*, *J.J.*, 51, pág. 159; PAMUCCIO, *Obbligazioni generiche e scelta del creditore*, 1972; J. LAPORTA, *Genus nunquam perit*, *Anuario der. civ.*, 1982, pág. 291; *Id.*, *El requisito de identidad del pago en las obligaciones genericas*, *A.D.C.*, 1985, pág. 909 e segs.

o empréstimo de *dez moios de trigo*, a compra de vinte dúzias de ovos ou de cinquenta litros de azeite, a promessa de doação de *cem exemplares* da última edição de certa obra.

A indicação do género pode incluir um maior ou menor número de notas definidoras, sendo a *extensão* dele tanto menor quanto maior for a sua *compreensão*.

À indicação ampla da entrega de uma pipa de vinho podem, com efeito, aditar-se outras notas (espécie de vinho: branco ou tinto; marca: Dão, Colares, etc.; ano da colheita; local do armazém), que tornam o *género* da prestação debitória cada vez *mais preciso* e, ao mesmo tempo, *mais restrito*.

A definição do *género* da prestação há-de, porém, conter o mínimo de notas necessárias para que o seu objecto seja *determinável*, como a lei exige, e revele a intenção séria de as partes se vincularem juridicamente. Não estaria nessas condições a obrigação de entregar um animal, um vegetal, um papel, uma coisa, etc. .

A determinação do objecto da obrigação genérica pressupõe as mais das vezes uma operação de *escolha*, quando as coisas compreendidas no género fixado não têm todas a mesma qualidade ou se presume que a não tenham.

Outras vezes é a própria lei que *concentra* a prestação num dos objectos compreendidos no género.

Outras ainda, quando os objectos compreendidos no género têm rigorosa ou sensivelmente a mesma qualidade, a *determinação* faz-se por meio de *especificação*, que pode constar de uma simples operação de *contagem*, *pesagem* ou *medição* (uns tantos centos de maçãs, uns tantos metros de fazenda de padrão uniforme ou de quilos de carvão, de arroz, ou outros artigos análogos de mercearia, por ex.). A estas obrigações, a que especialmente se referem, em certo aspecto, os artigos 887.º e seguintes (venda de coisas sujeitas a contagem, pesagem ou medição), dão alguns autores o nome próprio de *obrigações de quantidade*; mas elas cabem perfeitamente no círculo amplo das obri-

gações genéricas, visto estarem sujeitas ao mesmo regime, quanto aos dois problemas capitais deste tipo de obrigações.

Quando a *determinação* ou *individualização* do objecto da prestação se faz, logo que a obrigação é constituída, e as operações de contagem, pesagem ou medição servem apenas para a sua *precisão* descritiva ou para o cálculo exacto da contraprestação, a obrigação é *específica* e não *genérica*. «É o caso de se vender *todo* o vinho que está numa adega, *todo* o cereal que se encontra num celeiro, ou *todo* o trigo da última colheita» (1).

A obrigação também não deixa de ser específica pelo simples facto de a prestação compreender, *cumulativamente* ou *em alternativa* (2), dois ou mais objectos, contanto que as partes as tomem *concreta* ou *individualmente* em conta e não apenas como *unidades indiferenciadas* do complexo que as envolve.

Assim, se *A* vender uma das duas espingardas que possui, à escolha do credor, a obrigação será *específica (alternativa)*; se *B*, armeiro, vender uma espingarda de certa marca ao cliente, a obrigação será *genérica*.

236. *Regime das obrigações genéricas*: 1) *Concentração da obrigação*. As obrigações específicas estão sujeitas ao regime geral das obrigações. As obrigações genéricas suscitam algumas questões especiais, por virtude da *indeterminação* do seu objecto.

A primeira é a de saber como se faz a *concentração da obrigação*: a *concretização*, *individualização* ou *determinação* do objecto da prestação debitória dentro do género respectivo.

(1) Nestes casos, precisamente por não haver uma verdadeira operação de escolha, permite-se que o próprio funcionário judicial, no processo executivo, mande realizar na sua presença as operações necessárias para se entregar ao exequente a quantidade devida (art. 930.º, 2, do Cód. Proc. Civ.).

(2) O objecto da obrigação específica pode, com efeito, ser *único* ou *múltiplo*. Sendo *múltiplo*, a obrigação pode ser *alternativa* (*A* deve a coisa *x* ou a coisa *y*) ou *cumulativa* (*A* deve a coisa *x* e a coisa *y*): VAZ SERRA, *ob. cit.*, n.º 1.

A *concentração* do objecto da prestação representa um momento capital na vida da obrigação, que passa de obrigação genérica a obrigação específica. O obrigado passa a dever doravante apenas a coisa determinada dentro do género, e já não qualquer outra do mesmo género.

São quatro as causas da concentração previstas na lei: o acordo das partes; a extinção parcial do género; a mora do credor; e a entrega ao transportador, expedidor ou receptor da coisa (art. 541.º).

Acordo das partes. O acordo ou convenção das partes sobre a concentração pressupõe normalmente a *escolha* ou a *especificação* da coisa, embora em regra se não contente com ela.

A escolha, na falta de estipulação em contrário, compete ao devedor (art. 539.º) (1). Mas as partes têm a faculdade de confiá-la a qualquer delas ou a terceiro (art. 400.º, 1). Em qualquer dos casos, prescreve a lei, deve ser feita segundo juízos de equidade (*arbitrium boni viri*), se outros critérios não tiverem sido estipulados (2). Obedecer à equidade significa, praticamente, que nem o devedor pode entregar, em prejuízo do credor, coisas da pior qualidade, nem o credor pode exigir, em detrimento da outra parte, coisas da melhor qualidade (3).

Se a escolha pertencer ao devedor ou a terceiro (4), e ele a não

(1) É a solução que corresponde, na grande generalidade dos casos, à vontade das partes e à que melhor exprime também a ideia do *favor debitoris*, segundo a qual, na dúvida, as questões relativas ao cumprimento da obrigação se devem solucionar no sentido menos oneroso para o devedor, tanto a parte mais fraca da relação.

(2) Estes critérios não necessitam de ser expressos. Podem resultar de declaração tácita se praticada em condições de preço fixadas, dos hábitos reconhecidos do comércio que seja por causa de qualidade superior, etc.

(3) Desde que não é limitado ao livre arbítrio de quem a faz, a escolha em respeito à equidade, praticada, não praticada em tribunais competentes, no entanto, a respeito em tribunais que necessariamente se governam arbitrio no respeito da relação (seja ele o devedor, seja o credor) a quem se confia a liberdade de escolha.

(4) Art. 541.º, 1.º, do Código Civil de 1967, competendo a escolha ao credor, a terceira, a transportador, a entrega (sem notificação). O Código vigente dá mais

fizer dentro do prazo convenção ou dentro do prazo que para o efeito lhe for fixado, passará a competir ao tribunal, sendo o artigo 1429.º do Código de Processo Civil que indica os termos em que é requerida e efectuada a determinação judicial da prestação.

Cabendo a escolha ao credor, se este a não fizer dentro do prazo estipulado ou daquele que o devedor razoavelmente fixar para o efeito, é ao devedor (e não ao tribunal) que a escolha passa a competir (art. 542.º, 2).

Nem sempre basta, porém, a *realização da escolha*, para que a prestação se concentre em determinado objecto. Para ser eficaz, a escolha necessita de ser notificada ao devedor, quando realizada pelo credor; e precisa de ser declarada a ambas as partes, quando efectuada por terceiro. De contrário, o devedor não saberia que coisas lhe podiam ser exigidas, nem o credor com que coisas poderia contar.

Além disso, pode bem suceder que o acordo das partes exija, para que a obrigação se considere *concentrada*, passando de *genérica* a *específica*, alguma coisa mais do que a *escolha* (com a notificação dela à parte ou às partes que a não tenham feito).

Se a coisa dever ser entregue ao credor (*Bringschuld*), a escolha terá de acrescer a *entrega* ou a *oferta* da coisa, para que a prestação se tenha por concentrada no objecto escolhido. Tratando-se de coisa que deva ser remetida pelo devedor para certo lugar (*Schickschuld*), a escolha deverá acrescer a remessa. Tratando-se de coisa que deva ser prestada no domicílio ou na residência do devedor, onde incumbe ao credor procurá-la (*Holschuld*), bastará que o devedor, depois de escolhe-la, a ponha à disposição da contraparte (1).

que preferir, transferindo a escolha para o tribunal, quando o terceiro a não possa fazer ou a não tenha feito no tempo devido (art. 400.º, 2).

(1) LARENZ, § 11, I. Já se examinou a questão de saber se, uma vez concretizada a entrega, o devedor pode ainda alterar a escolha feita. O problema só pode prax-se, eventualmente, em relação aos casos em que a escolha cabe ao devedor devendo a solução basear-se no princípio fundamental da *bona fide* (art. 239.º, C.C. B.G.B., par. 54).

Extinção parcial do género. A obrigação também se concentra, diz o artigo 541.º, «quando o género se extinguir a ponto de restar apenas uma das coisas nele compreendidas».

O lavrador vendeu *uma* das dez pipas da sua adega; há um incêndio ou uma inundação que destruiu nove delas: a obrigação concentrou-se na restante, visto já não ser possível escolher outra, dentro do género estipulado. O lavrador passa a dever apenas aquela pipa que se salvou, e não qualquer outra das primitivamente compreendidas no vínculo.

O preceito legal necessita, contudo, de ser interpretado em termos hábeis. Para que se dê a concentração, nem sempre será necessário que do género reste apenas uma das coisas nele compreendidas; basta que reste uma quantidade igual ou inferior à que é devida.

Se o lavrador, em vez de uma, vender cinco das dez pipas da sua adega, basta que se inutilizem cinco dessas pipas, para que a obrigação logo se concentre nas restantes. A concentração dá-se logo que, mercê da extinção parcial do género estipulado, já não haja margem para a operação de *escolha* do objecto da prestação debitória. Mesmo que a regra da boa fé imponha ao devedor o dever de comunicar ao credor a ocorrência registada, nada na lei permite diferir para o momento de tal *notificação* o efeito próprio da extinção parcial do género. A concentração da obrigação e a consequente transmissão do domínio e transferência do risco são efeitos *ex lege* que, segundo o texto e o espírito do artigo 541.º, se ligam imediatamente ao *facto objectivo* da extinção parcial do género ⁽¹⁾.

Mora do credor. O artigo 716.º do Código de 1867 considerava a prestação individualizada ou concentrada, logo que o devedor escolhia a coisa com conhecimento do credor. O artigo 541.º do Código vigente não se satisfaz com a notificação da escolha, exigindo o acordo do credor ou que este seja colocado em mora.

⁽¹⁾ Em sentido diferente, mas sem nenhum apoio no texto que vingou na redacção definitiva do preceito legal. A. COSTA, pág. 491.

Para tal, na falta de acordo, mesmo que se trate de prestação que deva ser levada ao credor, há-de o devedor oferecer a prestação da coisa escolhida ao credor; recusando-se este a recebê-la ou a dar a respectiva quitação, a obrigação tem-se por *concentrada* a partir do momento da oferta da prestação.

Envio para local diferente do lugar do cumprimento. Tratando-se de coisa que deva ser enviada para local diferente do lugar do cumprimento, a concentração dá-se logo com a entrega ao transportador ou expedidor da coisa ou à pessoa designada para a execução do envio (art. 797.º) — antes, por conseguinte, da chegada da coisa ao local de destino ⁽¹⁾. A entrega envolve uma determinação ou especificação séria e eficaz da coisa, dentro do conjunto de coisas abrangido pela obrigação.

237. II) *Exoneração do devedor. O problema do risco.* A referência à possibilidade de extinção do género traz desde logo à superfície o problema da exoneração do devedor neste tipo de obrigações.

Com efeito, enquanto a obrigação se não concentra, passando de *genérica* a *específica*, não é o simples facto de perecerem certas coisas dentro do género estipulado que permite ao devedor considerar-se exonerado.

Nesse sentido vale ainda hoje o antigo brocardo latino *genus nunquam perit* (*genus perire non censetur*). Enquanto houver coisas dentro do género fixado, mesmo que as coisas perecidas ou inutilizadas sejam aquelas com que o devedor pensava cumprir (ou que havia mesmo já escolhido, contanto que a escolha não envolva a concentração da obrigação), ele continua adstrito ao vínculo obrigacional (art. 450.º).

⁽¹⁾ Veja-se, a propósito, o caso (de venda de cebolas, que foram remetidas de Lisboa para Hamburgo, por via marítima) apreciado no ac. do S.T.J., de 6-11-1973 (com anot. de VAZ SERRA, na *Rev. Jurisp.*, 107.º, pág. 262).

Extinção parcial do género. A obrigação também se concentra, diz o artigo 541.º, «quando o género se extinguir a ponto de restar apenas uma das coisas nele compreendidas».

O lavrador vendeu *uma* das dez pipas da sua adega; há um incêndio ou uma inundaçãõ que destruiu nove delas: a obrigação concentrou-se na restante, visto já não ser possível escolher outra, dentro do género estipulado. O lavrador passa a dever apenas aquela pipa que se salvou, e não qualquer outra das primitivamente compreendidas no vínculo.

O preceito legal necessita, contudo, de ser interpretado em termos hábeis. Para que se dê a concentração, nem sempre será necessário que do género reste apenas uma das coisas nele compreendidas; basta que reste uma quantidade igual ou inferior à que é devida.

Se o lavrador, em vez de uma, vender cinco das dez pipas da sua adega, basta que se inutilizem cinco dessas pipas, para que a obrigação logo se concentre nas restantes. A concentração dá-se logo que, mercê da extinção parcial do género estipulado, já não haja margem para a operação de *escolha* do objecto da prestação debitória. Mesmo que a regra da boa fé imponha ao devedor o dever de comunicar ao credor a ocorrência registada, nada na lei permite diferir para o momento de tal *notificação* o efeito próprio da extinção parcial do género. A concentração da obrigação e a consequente transmissão do domínio e transferência do risco são efeitos *ex lege* que, segundo o texto e o espírito do artigo 541.º, se ligam imediatamente ao *facto objectivo* da extinção parcial do género⁽¹⁾.

Mora do credor. O artigo 716.º do Código de 1867 considerava a prestação individualizada ou concentrada, logo que o devedor escolhia a coisa com conhecimento do credor. O artigo 541.º do Código vigente não se satisfaz com a notificação da escolha, exigindo o acordo do credor ou que este seja colocado em mora.

⁽¹⁾ Em sentido diferente, mas sem nenhum apoio no texto que vingou na redacção definitiva do preceito legal. A. COSTA, pág. 491.

Para tal, na falta de acordo, mesmo que se trate de prestação que deva ser levada ao credor, há-de o devedor oferecer a prestação da coisa escolhida ao credor; recusando-se este a recebê-la ou a dar a respectiva quitação, a obrigação tem-se por *concentrada* a partir do momento da oferta da prestação.

Envio para local diferente do lugar do cumprimento. Tratando-se de coisa que deva ser enviada para local diferente do lugar do cumprimento, a concentração dá-se logo com a entrega ao transportador ou expedidor da coisa ou à pessoa designada para a execução do envio (art. 797.º) — antes, por conseguinte, da chegada da coisa ao local de destino⁽¹⁾. A entrega envolve uma determinação ou especificação séria e eficaz da coisa, dentro do conjunto de coisas abrangido pela obrigação.

237. II) *Exoneração do devedor. O problema do risco.* A referência à possibilidade de extinção do género traz desde logo à superfície o problema da exoneração do devedor neste tipo de obrigações.

Com efeito, enquanto a obrigação se não concentra, passando de *genérica* a *específica*, não é o simples facto de *perecerem certas coisas* dentro do género estipulado que permite ao devedor considerar-se exonerado.

Nesse sentido vale ainda hoje o antigo brocardo latino *genus nunquam perit* (*genus perire non censetur*). Enquanto houver coisas dentro do género fixado, mesmo que as coisas percidas ou inutilizadas sejam aquelas com que o devedor pensava cumprir (ou que havia mesmo já escolhido, contanto que a escolha não envolva a concentração da obrigação), ele continua adstrito ao vínculo obrigacional (art. 450.º).

⁽¹⁾ Veja-se, a propósito, o caso (de venda de cebolas, que foram remetidas de Lisboa para Hamburgo, por via marítima) apreciado no ac. do S.T.J., de 6-11-1973 (com anot. de VAZ SERRA, na *Rev. Leg. Jurisp.*, 107.º, pág. 262).

O livreiro vendeu dez exemplares de certa obra. Mesmo que se inutilizem os dez volumes que ele tinha já separados na livraria para entregar ao cliente, continuará vinculado, podendo pagar com os exemplares que tenha em depósito ou havendo mesmo que adquiri-los a outro livreiro, por hipótese, se não tiver exemplares próprios com que possa desonerar-se.

Só poderá considerar-se exonerado quando, sem culpa sua, se extinguir todo o género dentro do qual a prestação está compreendida. Venderam-se cinco pipas da colheita de 1954 e toda a produção dessa colheita se inutilizou; venderam-se 100 exemplares de certa edição de uma obra e toda a edição pereceu no incêndio que destruiu a livraria.

Distinta do problema da exoneração do devedor é a questão do *risco*. O problema do *risco* consiste em saber por conta de quem corre o prejuízo resultante do perecimento da coisa, devido a caso fortuito ou de força maior.

Pode, com efeito, ter-se o devedor por desonerado, quando pereça todo o género estipulado (toda a colheita em que as garrafas ou as pipas deveriam ser escolhidas, por exemplo) e, apesar disso, ser ele quem haja de suportar o prejuízo, perdendo o direito ao preço correspondente, ou restituindo-o, se por hipótese o tiver já recebido.

Ora, os princípios fundamentais aplicáveis à matéria são os de que o *risco* corre por conta do proprietário (*res suo domino perit; casum sentit dominus*: art. 796.º), e de que o domínio nas obrigações genéricas só se transfere com a concentração da obrigação (arts. 1317.º, *a*) e 408).º. Quando a transferência respeita a coisa indeterminada, o direito transfere-se em regra, por força do artigo 408.º, 2, logo que a coisa é determinada com conhecimento de ambas as partes. Mas o preceito ressalva a doutrina especial das obrigações genéricas; nestas, a obrigação só se concentra nos termos já sabidos, e sem concentração não se concebe a transferência do domínio sobre a coisa.

Por conseguinte, se a coisa perece antes da concentração, o prejuízo corre por conta do devedor, quer ele continue ainda vinculado,

quer fique exonerado por ter desaparecido todo o género em que a prestação deveria ser concretizada.

Se o perecimento da coisa (*interitus rei*) é posterior à concentração, ou seja, ao momento em que a obrigação genérica se converte em verdadeira obrigação específica, o prejuízo corre por conta do credor (adquirente), que não poderá exigir a restituição do preço, ou terá de pagá-lo, se ainda o não tiver feito.

SUBSECÇÃO III
OBRIGAÇÕES CUMULATIVAS, ALTERNATIVAS
E COM FACULDADE ALTERNATIVA (*)

238. *Obrigações cumulativas. Noção.* Em regra, a obrigação tem por objecto uma só prestação: a entrega de um quadro, a pintura de uma casa, a gestão de uma causa. Mas muitas vezes sucede também que a obrigação engloba *mais de uma prestação*: *A* obriga-se a pintar uma casa e a colocar nela algumas janelas, portas ou armários novos; *B* compromete-se a entregar uns tantos moios de trigo e umas tantas pipas de vinho; *C* vende um automóvel e compromete-se, ao mesmo tempo, a reparar um outro.

Às obrigações que compreendem mais de uma prestação, em termos de o devedor só se liberar mediante a realização (conjunta) de uma e outra, dá-se o nome de *obrigações cumulativas* ou *conjuntivas*.

Na prática, nem sempre será fácil distinguir entre as obrigações cumulativas, com as várias prestações ligadas entre si por um nexo que as reduz a uma unidade incindível, e os casos de obrigações dis-

(*) VAZ SERNA, *ob. cit.*; HERNANDEZ-GIL, *Naturaleza jurídica de la obligación alternativa*, na *Rev. der. priv.*, 26, pág. 549; ÁLVARO D'ORS, *En torno a la llamada obligación alternativa*, *Rev. der. priv.*, 28, pág. 1; FUENZALIDA, *Contribución al estudio de las obligaciones facultativas*, *Rev. der. priv.*, 1982, pág. 643 e segs.; TORO, *Natura ed effetti delle obbligazioni alternative*, na *Riv. dir. civ.*, 1932, pág. 1; GROSSO, *Obbligazioni — Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e geniche* (1948); KISCH, *Gattungsschuld und Wahlschuld*, 1912; ERLER, *Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers und Schuld mit Ersatzbefugnis des Gläubigers*, 1964.