

JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA

DAS  
OBRIGAÇÕES  
EM GERAL

VOL. I

10.<sup>a</sup> EDIÇÃO

  
ALMEDINA



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 JUSPRIVATISTAS  
EUROPEUS, DE PAVIA (ITÁLIA)

# DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL

VOLUME I

10.ª EDIÇÃO, REVISTA E ACTUALIZADA

10.ª REIMPRESSÃO DA 10.ª EDIÇÃO DE 2000

  
ALMEDINA

A obrigação enquanto vínculo obrigatório não pode ser (im)fungível; o que o pode ser é a prestação enquanto (no sentido) de parte no vínculo obrigatório.

### Introdução

A empreitada será assim, no dizer de RUBINO<sup>(1)</sup>, um contrato de *execução prolongada*, mas a prestação devida não é uma prestação duradoura. A própria noção introdutória dada no artigo 1207.º mostra que a empreitada é um contrato que visa certo resultado final (a realização da obra) e não a actividade que se torna necessário despendar para o efeito<sup>(2)</sup>. À resolução do contrato (prevista no art. 1222.º, 1), por isso mesmo, se não considera aplicável o disposto no artigo 434.º, 2.

21. IV) Prestações fungíveis e não fungíveis. Sanção pecuniária compulsória. A prestação diz-se *fungível*, quando pode ser realizada por pessoas diferente do devedor, sem prejuízo do interesse do credor (caiar um muro; pintar uma casa; pagar uma quantia; lavrar um terreno); será *não fungível* no caso de o devedor não poder ser substituído no cumprimento por terceiro (realizar uma intervenção cirúrgica; reger um curso especializado; pintar um quadro a óleo; conduzir o automóvel do comitente durante uma longa viagem deste; fazer o projecto duma grande obra). São as obrigações em que ao credor não interessa apenas o *objecto* da obrigação, mas também a *habilidade*, o *saber*, a *destreza*, a *força*, o *bom nome* ou outras qualidades pessoais do devedor. → capacidade de ser substituído.

A *fungibilidade* aparece consagrada como regra no artigo 767.º, 2, que apenas ressalva os casos em que expressamente se tenha acordado que a prestação deva ser feita pelo devedor (*não fungibilidade convencional*) ou em que a substituição prejudique o credor (*não fungibilidade fundada na natureza da prestação*).

A noção de fungibilidade da prestação é paralela ao conceito de *fungibilidade das coisas*, dado no artigo 207.º: se a coisa for determinada apenas pelo seu género, qualidade e quantidade, como neste preceito se diz, as coisas concretas com que o devedor se dispunha a

(1) RUBINO, *De Ill appalto*. 1967, com. ao artigo 1655.º, n.º 11.

(2) Nesse aspecto radica o traço essencial da distinção entre o contrato de *empreitada* e o contrato de *prestação de serviço*.

Ex de prestação *imfungível*: art. 247 CCB  
" " *fungível*: art. 249 CCB



cumprir podem ser substituídas por outras do mesmo género e qualidade e na mesma quantidade.

Quando, porém, se trate de prestação de coisa, a *prestação* é em regra fungível, quer a coisa seja fungível, quer seja não fungível: tanto num caso como no outro, o interesse do credor não será lesado com a substituição do devedor.

É nas prestações de facto que a distinção tem verdadeiro interesse e o seu principal campo de aplicação. No contrato de mandato, de depósito, de trabalho, de empreitada, de prestação de serviços qualificados pode, com efeito, não ser indiferente para o interesse do credor que as prestações a cargo do mandatário, do depositário, do trabalhador, do empreiteiro, do médico, do professor, do cirurgião, do fisioterapeuta, ou do advogado sejam efectuadas pelo devedor ou por uma outra pessoa.

Se no contrato de empreitada não tiverem sido tomadas em conta as qualidades pessoais do empreiteiro, diz o artigo 1230.º, 1, que a morte ou incapacitação do empreiteiro não extingue o contrato. De contrário, a morte ou incapacitação do devedor da obra determinará a impossibilidade da prestação, por causa não imputável a nenhuma das partes.

A distinção entre as prestações fungíveis e as não fungíveis reflecte-se no regime da acção executiva.

Tendo a prestação por objecto um facto fungível, o credor pode requerer, no processo de execução, que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor (art. 828.º). Nesse caso, a execução seguirá os termos prescritos nos artigos 933.º e seguintes do Código de Processo Civil. Sendo o facto não fungível, o credor apenas poderá exigir o cumprimento do devedor (art. 817.º) e, na hipótese de este não cumprir, terá de contentar-se com a indemnização por prejuízo resultante do não cumprimento (indemnização por equivalente) e a garantia eventualmente devida a título de sanção pecuniária compulsória (art. 933.º; 1, C.P.C.).



A fungibilidade da prestação interessa ainda à questão de saber quando é que a impossibilidade relativa à pessoa do devedor importa, por equiparação à impossibilidade *objectiva*, a extinção da obrigação (art. 791.º). A equiparação só se dá quando o devedor se não possa fazer substituir por terceiro no cumprimento da obrigação (1).

A circunstância de a prestação não ser fungível não impede que o devedor possa ser coadjuvado no cumprimento por *auxiliares* (arts. 264.º, 4; 1 165.º; 1; 198.º; 1; 213.º, 2).

A fixação rigorosa dos limites entre o mero *auxílio* ou *colaboração* prestada ao devedor e a *substituição* deste, em termos que lesem o interesse do credor ou se afastem do acordo expresso dos contraentes, é questão cuja resolução depende, em larga medida, da criteriosa ponderação das circunstâncias específicas de cada caso concreto.

*Sanção pecuniária compulsória.* A distinção entre as prestações de facto *fungíveis* e as *não fungíveis* interessa finalmente à aplicação das *sanções pecuniárias compulsórias*, criadas pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, mediante o aditamento do artigo 829.º-A.

O campo de aplicação das sanções pecuniárias compulsórias limita-se realmente às prestações de facto *não fungíveis* (2).

---

(1) Outro é o sentido atribuído à disposição por PESSOA JORGE (*Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, 1968, pág. 106 e segs.), a pretexto de que, obrigando o devedor a fazer-se substituir por terceiro, quando esteja pessoalmente impedido de cumprir, a lei acabaria por equiparar a impossibilidade subjectiva à objectiva, tornando praticamente inútil a 1.ª parte do artigo 791.º.

A questão é examinada no lugar próprio, dentro do capítulo relativo ao não cumprimento das obrigações. Mas salta à vista a improcedência do argumento por absurdo, extraído da pretensa equiparação da impossibilidade subjectiva à impossibilidade objectiva. Se os terceiros, em condições de substituírem o devedor impossibilitado no cumprimento da prestação, não *quiserem* fazê-lo, recusando terminantemente a sua cooperação, apesar de a poderem dar, haverá (ou poderá haver) um caso de *impossibilidade subjectiva exoneratória*, sem que seja lícito falar em *impossibilidade* objectiva. Ex.: O médico obrigado a cuidar do enfermo cai também gravemente doente e não consegue que o único colega em condições de assistir o seu cliente se disponha a fazê-lo.

(2) Vide PIRES DE LIMA e A. VARELA, *Cód Civ. anot.*, II, 3.ª ed., anot. ao art. 829.º-A, com a apreciação da inovação; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*.



Como o devedor não pode ser substituído, sem prejuízo para o credor, na realização das prestações *dessa natureza* por terceiro que fosse chamado a fazê-lo no próprio processo de execução forçada, a lei não encontra outro meio de procurar satisfazer o interesse do credor que não seja o de impôr ao obrigado uma espécie de multa civil por cada dia que ele tarde a cumprir ou por cada vez que ele falte ao cumprimento.

A este tipo de sanção, que visa *forçar* o devedor, à *bruta*, ao cumprimento (e que, por isso mesmo, é um *meio compulsório* do cumprimento, mas não uma *forma de execução*) dão os administrativistas franceses o nome de *astreintes*, e a doutrina germânica o de *Geldstrafe*, enquanto o legislador português lhe deu a designação perifrástica, mas correcta, de *sanção pecuniária compulsória*.

É uma sanção do particular agrado do magistrado que sabe do não acatamento da sentença de condenação por ele proferida e dos dirigentes sindicais que pretendem reagir contra o despedimento do colega, ou do trabalhador em geral, que a entidade patronal não readmite, depois de ter sido judicialmente reintegrado.

Incorrecta foi, porém, a inserção *sistemática* da disposição que consagrou entre nós esse *tipo* especial — e muito controvertido entre os autores, por virtude da violentação excessiva da vontade do obrigado, a que se presta na pena de juízes de *mão pesada* — de *meio coercitivo*, pois em lugar de colocá-la na área do *cumprimento forçado* (arts. 817.º e segs.), o legislador implantou-a indevidamente no domínio da *execução específica*, como se se tratasse dum forma de realização judicial da prestação debitória<sup>(1)</sup>.

sória, Coimbra, 1987, pág. 353 e segs.; A. FRIGANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, na *Riv. dir. civ.*, 1981, pág. 506 e segs.; *Id.*, *Azione in cessazione*, no *Apendice ao Nov. Dig. Ital.*

(1) No mesmo sentido, CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, n.º 104, pag. 407 e segs..