

**Universidade de Lisboa  
Faculdade de Direito**

**DIREITO DAS OBRIGAÇÕES**  
**Volume I – Introdução; Da constituição das obrigações**

**Prof. Doutor Menezes Leitão**



Luís Manuel Lopes do Nascimento  
**2005/2006**

## INTRODUÇÃO

### Secção I – O DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E A DEFINIÇÃO LEGAL DE OBRIGAÇÃO

#### . A definição de obrigação

O Direito das Obrigações encontra-se essencialmente regulado no Livro II do Código Civil, cujo art. 397.º nos define a própria figura da obrigação como «o vínculo jurídico por virtude da qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação».

Para Prof. Menezes Cordeiro, na obrigação, em jogo apenas está a posição do devedor.

Em sentido amplo, podendo abranger todo e qualquer vínculo jurídico entre duas pessoas. Haverá, portanto, que efectuar uma contraposição:

- A sujeição é o correlativo passivo dos direitos potestativos, constituindo na necessidade de suportar as consequências jurídicas correspondentes ao exercício de um direito potestativo (alguém que tem um prédio entre outro prédio e a via pública pode ver constituída sobre ele uma servidão legal de passagem em benefício do prédio encravado – art. 1550.º).

Não é possível incluir o conceito de obrigação na figura da sujeição, uma vez que no estado de sujeição não é possível obstar a que surjam efeitos jurídicos correspondentes ao exercício do direito potestativo. Pelo contrário, a **obrigação é eminentemente violável**, ainda que acarrete com a sanção do artigo 798º ou do 817º;

- O ónus consiste na necessidade de adoptar uma conduta em proveito próprio, ou seja, na necessidade de realizar certo comportamento para beneficiar de uma situação favorável (ónus da prova referido no art. 342.º). A **obrigação** não se confunde com o ónus uma vez que **consiste num dever jurídico, imposto em benefício de outra pessoa, o credor (398º)**. Pelo contrário, aquele que está onerado pelo ónus não tem qualquer dever, pelo que o seu não acatamento não se pode considerar ilícito, traduzindo-se apenas na perda ou na não obtenção de uma vantagem.
- O dever jurídico genérico consiste na situação em que se encontram os outros sujeitos relativamente aos titulares de direitos absolutos. Relativamente a direitos de personalidade, como a vida, ou a direitos reais como a propriedade, todos os outros sujeitos estão obrigados a um dever geral de respeito, cuja infracção pode acarretar a responsabilidade civil (art. 483.º).

Este dever geral de não se confunde com a obrigação. Efectivamente, nesta existe um vínculo específico que se traduz numa situação jurídica entre o credor e o devedor. Pelo contrário, os direitos absolutos são direitos sem relação.

↓ RELATIVIDADE

O que caracteriza a obrigação em relação a estas figuras é a circunstância de determinada pessoa se encontrar adstrita a realizar uma **específica conduta, positiva ou negativa, acção ou omissão**, no interesse de outra, também determinada. Essa conduta é a prestação.

#### . Objecto e características do Direito das obrigações

O direito das obrigações assume-se como um ramo do Direito Civil que constitui o Direito privado comum. Por esse motivo goza das características do Direito Privado: **a liberdade e a igualdade** (no direito público predomina as características da autoridade e da competência). Em princípio, os sujeitos das relações obrigacionais têm os mesmos poderes e são livres de fazer tudo o que não se encontre abrangido por uma proibição.

No direito privado a actuação dos sujeitos insere-se na sua liberdade de decisão, não relevando a motivação com que foi tomado, salvo em casos graves de desconformidade ao sistema jurídico.

A unidade do Direito das Obrigações é assim fornecida em função do conceito de obrigação, tratando-se de um ramo de Direito cuja unidade não resulta de uma semelhança funcional ou material entre as relações da vida que regula, mas antes de uma semelhança de consequências jurídicas geradas a partir de uma relação obrigacional. Sempre que surja estruturalmente a vinculação de uma pessoa para com outra à adopção de determinada conduta, essa situação é potencialmente regulada pelo Direito das Obrigações.

O direito das obrigações abrangerá essencialmente as seguintes realidades (grande heterogeneidade de matérias):

- Circulação de bens:

São abrangidas pelo Direito das Obrigações todas as situações das quais resulte alterações na ordenação jurídica dos bens de negócios jurídicos. Assim, são regulados pelo Direito das Obrigações **a transmissão dos direitos reais (art. 408.º), os contratos que a desencadeiam – compra e venda art 874.º, a doação art. 940.º (ainda 1022º, 1129ª) – bem como os fenómenos de transmissão de créditos e de dívidas (577º, 589º, 595º, 424º).**

- Prestação de serviços: **de prestação de serviços (arts. 1154.º)**, uma modalidade contratual atípica, que a lei regula em três modalidades típicas: **o mandato (art. 1157.º) o depósito (1185.º) e a empreitada (art. 1207.º)**. O contrato de trabalho é deixado para legislação especial (art. 1153.º).

- Instituição de organizações:

Aqui encontramos **o contrato de sociedade civil (arts. 980.º)**, que aparece regulado pelo Direito das obrigações como a forma comum de associação de pessoas para a exploração de uma actividade económica lucrativa.

- Sancões civis para comportamentos ilícitos e culposos:

Estas sanções civis consistem essencialmente na obrigação de **indemnizar os danos causados (arts. 562.º), cuja fonte é genericamente designada por responsabilidade civil**. No âmbito da responsabilidade civil subjectiva, o sistema do Código distingue a **responsabilidade civil delitual (arts. 483.º) da responsabilidade civil obrigacional (798.º)**, consoante esteja em causa a violação de uma situação jurídica absoluta, ou antes a violação de obrigações. A sanção civil aparece aqui associada a uma função de compensação dos danos sofridos pelo lesado, levando a que por vezes seja obliterada perante valorização deste último aspecto.

- Compensação por danos, despesas ou pela obtenção de um enriquecimento:

A matéria da **compensação de danos é abrangida pela responsabilidade pelo risco (arts. 499.º)** que, não se apresenta neste caso como tendo natureza sancionatória, visando exclusivamente a compensação dos danos segundo critérios objectivos de repartição do risco. Já a compensação de despesas é abrangida

pela **gestão de negócios (art. 464.º)**, instituto que visa tutelar as actuações realizadas sem autorização em benefício de outrem. A compensação do enriquecimento é abrangida pelo instituto do **enriquecimento sem causa (art. 473.º)**, que visa precisamente determinar a compensação dos enriquecimentos obtidos injustamente à custa de outrem.

É de extrema importância a matéria do Direito das Obrigações, uma vez que abrange todo o comércio jurídico-privado (excepção das matérias relativas ao Direito Comercial) e todas as sanções civis para a actuação dos privados, bem como diversos institutos destinados a efectuar a compensação por danos ou despesas verificadas ou por aquisições obtidas à custa alheia.

## Secção II – PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Para o Prof. Menezes Leitão, constituem **princípios gerais do Direito das Obrigações a autonomia privada, a boa fé, o ressarcimento dos danos, a restituição do enriquecimento sem causa e a responsabilidade patrimonial.**

### . O princípio da autonomia privada

O Prof. Menezes Cordeiro diz-nos que **autonomia corresponde a uma “permissão genérica de produção de efeitos jurídicos”**.

Em sentido literal consiste na possibilidade que alguém tem de estabelecer as suas próprias regras. Tecnicamente deve referir-se que dado que as normas jurídicas se revestem de generalidade e abstracção, o que os privados fazem é criar comandos, que só para eles vigoram. É assim a possibilidade de alguém estabelecer os efeitos jurídicos que se irão repercutir na sua esfera jurídica.

Na autonomia privada existe uma permissão genérica de conduta, porque a todos os sujeitos da ordem jurídica é reconhecida esta possibilidade de produção de efeitos jurídicos, não havendo nenhum que deles seja excluído. É uma «**permissão genérica de actuação jurígena**»<sup>1</sup>. Pelo contrário, no direito subjectivo existe uma esfera de competência, já que relativamente a certo bem, ele é o objecto de um direito subjectivo, efectua-se a sua atribuição exclusivamente a uma pessoa, uma vez que todos os outros sujeitos vêm a ser excluídos dessa atribuição. Por isso no direito subjectivo existe uma permissão normativa específica.

Autonomia privada – **liberdade de produção reflexiva de efeitos jurídicos**, na medida em que os efeitos jurídicos produzidos irão repercutir-se na esfera dos sujeitos que os produzem. Essa produção reflexiva de efeitos depende da utilização do negócio jurídico.

Recordemos a distinção entre negócio e outros factos jurídicos. O facto jurídico é aquele que produz efeitos jurídicos. Estes dividem-se em factos jurídicos strictu sensu (os que resultam de qualquer comportamento humano voluntário, como o decurso do tempo ou a morte) e actos jurídicos, que são aqueles em que existe um comportamento humano. Aqui há a distinguir entre actos jurídicos simples ou

---

<sup>1</sup> Definição do Prof. Menezes Cordeiro

negócios jurídicos, nos primeiros temos apenas liberdade de celebração e no segundo, para além desta, temos também liberdade de estipulação.

Negócio jurídico – acto da autonomia privada marcado pela presença de liberdade de celebração e de estipulação.

Facto jurídico – é o evento o qual o direito associa determinados efeitos jurídicos.

Por isso os negócios são o instrumento típico da autonomia privada (liberdade de produção de efeitos jurídicos). Dentro dos negócios também podemos distinguir entre: **unilaterais e bilaterais**. Em ambos as partes exercem autonomia privada. Contudo, quanto à constituição de obrigações, a lei atribui primazia **aos contratos (art. 405.º «liberdade contratual»** - liberdade de celebração, de escolha do tipo de contrato e de celebração).

Os negócios unilaterais só em certos casos poderão dar origem a obrigações, uma vez que o art. 457.º (princípio da tipicidade) refere que a promessa unilateral de uma prestação só obriga nos casos previstos na lei.

Negócio unilateral Vs multilaterais ou contratos:

- diz-se unilateral o negócio que tenha uma única parte, multilateral quando, se assuma como produto de uma ou mais partes (parte não significa necessariamente pessoa) ;
- nos negócios unilaterais, os efeitos não diferenciam as pessoas que nele tenham intervindo; nos contratos, os efeitos diferem duas ou mais pessoas;
- são ex., de negócios unilaterais o testamento 2179º ou a procuração 262º. São ex. de contrato a doação 940º, compra e venda 874º;
- o negócio unilateral completa-se, por definição, com a declaração que os consubstancie. **Os contratos resultam do encontro de duas vontades, através de uma proposta e da sua aceitação (duas declarações);**

### . A liberdade contratual e os seus conteúdos

O que caracteriza o contrato negócio é que ambas as partes estão de acordo em relação aos efeitos jurídicos produzidos, através de duas declarações negociais harmonizáveis entre si (**autovinculação – art. 232.º**). a liberdade contratual é, a possibilidade conferida pela ordem jurídica a cada uma das partes de autoregular, através de um acordo mútuo, as suas relações para com a outro, por ela livremente escolhida, em termos vinculativos para ambos (**art. 406.º, n.º1**).

Liberdade de celebração – faculdade que é atribuída às partes de celebrar ou não o contrato, sem constrangimentos de qualquer ordem. Não aparece directamente referida no art. 405.º, embora se encontre implícita na expressão «celebrar contratos diferentes dos previstos neste código» e esteja pressuposta no regime da formação do contrato, referido nos art. 228.º do CC.

Liberdade de selecção do tipo negocial – consiste em as partes não estarem limitadas aos tipos negociais reconhecidos pelo legislador (a enumeração dos contratos é meramente exemplificativa). As partes podem

livremente escolher os contratos que entenderem, mesmo que o legislador ignore totalmente a categoria escolhida (contratos inominados).

Liberdade de estipulação – faculdade de estabelecer os efeitos jurídicos do contrato (art. 405.º do CC). Esta liberdade pode ser exercida, quer no momento da celebração do contrato quer posteriormente através de aditamentos ou modificação a um contrato já celebrado.

Referência à liberdade de extinção contratual, por mútuo acordo (art. 406.º). Nestes casos a extinção do contrato anterior resulta de um contrato extintivo em relação ao qual existe liberdade de celebração e liberdade de estipulação.

Uma consequência importante no âmbito do Direito das Obrigações é a **supletividade das suas regras, isto é, elas podem ser afastadas pela vontade das partes.**

### **. Restrições à liberdade contratual**

Pressuposto da aplicação integral de todas estas consequências da autonomia privada é a existência de uma absoluta igualdade entre as partes, tendo ambas poder negocial idêntico e portanto a mesma possibilidade deitar as cláusulas contratuais. Porém, sabe-se hoje em dia que essa igualdade jurídica não tem correspondência no plano económico.

Nesse caso a parte mais fraca pode ver-se constrangida, por fraqueza negocial, a aceitar celebrar negócios em condições que normalmente não seriam por si aceites, dano por isso a ordem jurídica uma tutela à parte mais fraca<sup>2</sup>.

Apesar da importância da liberdade contratual como princípio fundamental do Direito das Obrigações, não se pode aceitar que genericamente todo e qualquer contrato seja efectivamente baseado na livre determinação de ambos os sujeitos.

Esta disciplina da liberdade contratual não se apresenta como um fenómeno absolutamente novo. Desde sempre se admitiu uma restrição à autonomia das partes, que consiste na proibição **da celebração de negócios usurários, em que uma das partes consegue obter benefícios injustificados através da exploração da necessidade económica da outra parte** (art. 282.º).

### **. Restrições à liberdade de celebração**

Uma importante restrição à liberdade de celebração consiste na **obrigação de celebração** do contrato. Uma das partes pode estar vinculada, por obrigação contratual ou legal, à celebração do contrato com a outra parte. Nesses casos, a outra parte pode **exigir essa celebração** (art. 817.º) ou inclusivamente **obter sentença que produza os mesmo efeitos que o contrato prometido** (art. 830.º). A não celebração constitui ilícito obrigacional e gera **obrigação de indemnização**.

---

<sup>2</sup> Ao contrário do ideal liberal expresso por Kant: «quando alguém decide alguma coisa por outrem é possível que cometa injustiça, mas nenhuma injustiça é possível quando se decide por si próprio».

Nessa situação a liberdade de celebração apenas existe para a parte que não esteja vinculada a essa obrigação, e que por isso pode exigir a celebração do contrato ou renunciar a ela. A outra parte tem que corresponder às suas solicitações, perdendo assim a liberdade de recusar a celebração do contrato.

Com base na autonomia privada, as partes podem criar obrigações de celebração de contratos (art. 410.º). Quando é a lei a impor obrigações de celebração, a autonomia encontra-se restringida, podendo essa restrição considerar-se como um correctivo à liberdade contratual, em virtude de se pretender evitar os abusos de uma das partes que poderia facilmente constranger a outra parte a aceitar condições contratuais desvantajosas. No caso de contratos sobre bens essenciais pode mesmo haver obrigação de celebrar contratos ou de não recusar a venda desse bem.

### **. Restrições à liberdade de estipulação**

A liberdade de estipulação pressupõe logicamente a liberdade de celebração, pois uma parte não é livre de celebrar um contrato, também não é livre de determinar o seu conteúdo.

As restrições à liberdade de estipulação são normalmente estabelecidas em virtude de uma função de ordenação do actual direito privado, que pretende disciplinar a liberdade contratual de forma a evitar que esta seja exercida em prejuízo da parte economicamente mais fraca. Reconhece-se que numa economia de economia de mercado, a autonomia privada pode em certos casos ser insusceptível de obter um adequado equilíbrio das prestações no contrato, o que leva o legislador a intervir.

### **. Contratos submetidos a um regime imperativo**

Esta imposição legal justifica-se em razão da maior relevância de certos contratos para a satisfação das necessidades sociais elementares levando a que ela seja forçada mesmo a aceitar condições iníquas se a sua recusa impedir a celebração do contrato (contrato de trabalho “trabalhador depende da celebração desse contrato para provar a sua subsistência e a do seu agregado familiar” ou o arrendamento).

### **. Cláusulas contratuais gerais**

Consistem em situações típicas do tráfego negocial de massas em que as declarações negociais de uma das partes se caracterizam pela **pré-elaboração (antes da negociação), generalidade (aplica-se a todos) e rigidez (não discussão do conteúdo)**.

Costumam caracterizar-se pela **desigualdade entre as partes, pela complexidade e pela natureza formularia**, ainda que estas características não sejam de verificação necessária. Procura-se assim:

- Por um lado evitar a introdução no contrato de cláusulas de que o outro contraente não se apercebeu.
- Por outro lado, impedir o surgimento de cláusulas inócuas ou abusivas.

## . O princípio do ressarcimento dos danos

Este princípio pode ser enunciado pela seguinte forma: sempre que exista uma razão de justiça, da qual resulte que o dano deva ser suportado por outrem, que não o lesado, deve ser aquele e não este a suportar esse dano. A transferência do dano do lesado para outrem opera mediante a constituição de uma obrigação de indemnização, através da qual se deve reconstituir a situação que existiria se não tivesse ocorrido o evento lesivo (art. 562.º).

A simples injustiça do dano sofrido não é suficiente para se ter direito à indemnização. Daí que o dano seja normalmente suportado por quem o sofreu, como fazendo parte do risco geral da vida.

Em muitas ocasiões ocorre um fenómeno que se denomina de **imputação de danos**. Quando a lei considera existir, não apenas um dano injusto para o lesado, mas também uma razão de justiça. A **situação de alguém que o direito considera estar em posição mais adequada à suportação do dano é denominada de responsabilidade civil (483.º)**, cuja transferência para o património do responsável efectua-se mediante a constituição da obrigação de indemnizar.

Tradicionalmente a imputação fazia-se pela culpa do lesante, cuja consequência é a do lesado não ter direito a indemnização, a menos que demonstre a **culpa (art. 487.º/1 do CC)**. O rigor deste regime foi atenuado pela consagração de **presunções de culpa do lesante (arts. 491.º, 492.º e 493.º)**. Posteriormente, foi-se desenvolvendo a **ideia de que a imputação de danos poderia mesmo dispensar a culpa do lesante, e daí surge a responsabilidade pelo risco, (483.º/2 do CC)**, onde se inserem vários casos (arts. 500.º, 501.º, 502.º, 503.º ou 509.º). Por ex., se alguém atropela outrem, este terá de indemnizar, mesmo que não tenha culpa.

A imputação de danos pode basear-se em permissões de sacrificar bens alheios no interesse próprio, que têm como contrapartida o estabelecimento de uma obrigação de indemnização (arts. 81.º/2 e 339.º/2 do CC). Aqui temos a **responsabilidade por factos ilícitos**:

- Imputação por **culpa – a responsabilidade baseia-se numa conduta ilícita e censurável do agente**, que justifica dever ele suportar em lugar do lesado os prejuízos resultantes dessa sua conduta. Tem uma função reparatória do dano e sancionatório do lesante.
- Imputação pelo risco – o fundamento que lhe está na base é uma ideia de justiça distributiva.
  - Risco-proveito (aquele que retira proveito de uma situação deve suportar o prejuízo) risco Profissional (aquele que exerce profissão de risco deve suportar o dano) risco autoridade (aquele que define condutas alheias deve suportar também os danos).
- Imputação pelo sacrifício – a lei permite, em homenagem a um valor superior, que seja sacrificado um bem ou direito pertencente a outrem, atribuindo uma indemnização ao lesado como compensação desse sacrifício.

## . O princípio da restituição do enriquecimento injustificado

Este princípio encontra-se formalmente consagrado na norma do art. 473.º/1 do CC. Sempre que alguém obtenha um enriquecimento à custa de outrem sem causa justificativa tem que restituir aquilo com que injustamente se locupletou.

Há ainda muitas outras normas de Direito das Obrigações que se podem justificar com base neste princípio (por ex., 298º/2; 442º/2; 468º/2; 472º/1). Se num negócio jurídico inválido houver transmissão dos bens para terceiro, esse terceiro responde com base no seu enriquecimento (art. 289.º/2 do CC). Se ocorrer o incumprimento de um contrato-promessa em que tenha havido tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, o promitente vendedor tem que entregar, caso lhe seja exigido, ao promitente comprador a valorização que essa coisa entretanto obteve (art. 442.º/2 do CC), apesar de ter em princípio direito a essa valorização. A impossibilidade da prestação nos contratos bilaterais determina a restituição da contraprestação com base no enriquecimento sem causa (art. 795.º/1 do CC).

A multiplicidade das disposições que se podem reclamar deste princípio pode implicar um certo casuísmo na sua aplicação, o que conjugado com a vaguidade da formulação do princípio torna extremamente difícil a sua aplicação.

### **. O princípio da boa fé**

A boa fé representa um conceito polissémico.

Menezes Cordeiro – traduz os valores fundamentais do sistema.

Sentido subjectivo – ignorância de estar a lesar direitos alheios, sendo esse o sentido da referência à posse de boa fé no art. 1260.º.

Sentido objectivo – regra de conduta. Aparece-nos nos arts. **227.º, 239.º, 334.º, 437.º e 726.º/2 do CC.**

Estão em causa no vínculo obrigacional regras de comportamento que proporcionarão a satisfação do direito de crédito mediante a realização da prestação pelo devedor, sem que resultem danos para qualquer das partes. Pode acontecer que a realização da prestação não permita a plena satisfação do direito de crédito ou a exigência de cumprimento pelo credor pode aparecer contrária à funcionalização dos direitos de crédito em virtude dos prejuízos que causa ao devedor. Por esse motivo a lei estabelece deveres de boa fé para ambos os sujeitos da relação obrigacional.

No âmbito do direito das obrigações, o princípio da boa fé objectiva encontra-se essencialmente plasmado em cinco institutos:

- Responsabilidade pré-contratual (art. 227.º/1 do CC).
- Integração dos negócios (art. 239.º do CC).
- Abuso de direito (art. 334.º do CC).
- Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias (art. 437.º/1 do CC).
- Complexidade das obrigações (art. 726.º/2 do CC).

Estes institutos concretizam deveres acessórios de protecção (evita que surjam danos para as partes), informação (sobre o objecto da negociação) e lealdade.

O art 762.º/2 do CC manda aplicar estes deveres tanto no cumprimento da obrigação como no exercício do direito. Os casos dos arts 334.º e 437.º correspondem a uma manifestação específica do princípio da boa fé que consiste em tornar ilegítimo o exercício de certas posições jurídicas quando ele se apresenta como contrário a vectores do sistema.

A boa fé divide-se ainda em dois postulados fundamentais:

- **Tutela da confiança** – protecção das partes através de:

- Situação de confiança (boa fé subjectiva).
- Justificação para essa confiança.
- Investimento de confiança.
- Imputação da confiança.

- **Primazia da materialidade subjacente** avaliação das condutas não apenas pela conformidade com os comandos jurídicos, mas também de acordo com as suas consequências. Realiza-se em três vectores:

- Conformidade material das condutas.
- A idoneidade valorativa.
- Equilíbrio no exercício das posições.

### . O princípio da responsabilidade patrimonial

Consiste na possibilidade de o **credor** em caso de não cumprimento, executar o património do devedor para obter a satisfação dos seus créditos. Esta situação constitui um corolário da evolução do direito civil.

No direito Romano era permitido ao credor matar ou escravizar o devedor. Hoje ao credor é apenas reconhecido a possibilidade de executar o património do devedor para obter a satisfação do seu crédito. A ordem jurídica reconhece ao credor um direito à prestação e ao devedor um dever de prestar, sem assegurar por alguma forma a realização desse direito ou o cumprimento desse dever (art.817.º do CC).

Ao definir a obrigação no art. 397.º do CC como o vínculo jurídico que provoca a adstricção à realização de uma prestação, pressupõe-se o recurso a um tribunal para a segurar essa prestação. O **recurso para tribunal faz-se enquanto a prestação é possível**, para exigir essa mesma prestação (**acção de cumprimento - art. 817.º**). Caso a realização da prestação já não seja possível o credor só poderá reclamar uma indemnização (incumprimento definitivo – arts. **978.º e 808.º** - e impossibilidade culposa de cumprimento – art. **801.º**). O direito à indemnização tem fundamento na responsabilidade civil causado pelo ilícito obrigacional.

O regime da responsabilidade patrimonial pode ser estabelecida através de três postulados:

- **Sujeição à execução de todos os bens do devedor** – art **601.º**, a responsabilidade patrimonial é ilimitada, estendendo-se a todos os bens do devedor. Existem excepções:

- Bens insusceptíveis de penhora, que o são por desempenharem uma função essencial à subsistência ou à dignidade do devedor, ou em virtude de a função a que estão afectos ser superiora garantia dos créditos (direitos reais).
- A situação da separação patrimonial, tratando-se de situações em que a lei prevê a sujeição de certos bens do devedor a um regime próprio de responsabilidade por dívidas (bens adquiridos pelo mandatário no mandato sem representação – art. 1184.º; a meação nos bens comuns do casal, em relação aos bens próprios do cônjuges – arts. 1695.º e 1696.º).

**A limitação da responsabilidade civil pode ainda ocorrer por convenção das partes (arts. 602.º e 603.º).**

- **Só dos bens do devedor** – art. 817.º, onde se limita o poder de execução ao património do devedor.

Duas excepções:

- Situações em que há bens de terceiro a responder pela dívida (fiança – art. 627.º; penhor 667.º e 717.º)..
- Quando tenha sido impugnada a transmissão de bens para terceiro (art. 610.º).
- **Estando todos os credores em pé de igualdade** – trata-se da não hierarquização dos direitos de crédito pela ordem da sua constituição. É a regra do **concurso de credores** prevista no art. 604.º do CC. Excepções referidas no art. 604.º/2 **que representam casos em que o credor obtém direitos reais de garantia, os quais atribuem ao seu titular a faculdade de ser pago à frente dos demais credores em relação ao bem objecto do seu direito.**

Podemos dizer que existe um duplo risco de que, na fase da execução, os bens penhoráveis do devedor não sejam suficientes para satisfação do crédito. Esse duplo risco consiste, quer na possibilidade de o devedor por acção ou inacção fazer diminuir o seu património, quer na eventualidade de outros credores se anteciparem e penhorarem os bens primeiramente. Este risco pode ser evitado de duas maneiras:

- Através da concessão aos credores da possibilidade de reagir contra acções ou omissões do devedor de onde podem resultar diminuições do seu património, ou seja, meios de conservação da garantia geral das obrigações (arts. 605.º, 606.º, 610.º e 619.º).
- Atribuição de outras garantias para além do simples poder de execução do património do devedor, ou seja garantias especiais das obrigações (fiança art 627.º ou o penhor art. 604.º/2 do CC).

Não confundir a responsabilidade patrimonial da responsabilidade civil. Na responsabilidade civil, encontra-se em causa a imputação a alguém dos danos causados pelo seu comportamento ou abrangidos numa zona de riscos a seu cargo. No caso da **responsabilidade patrimonial, aparece em causa a sujeição do património do devedor ao poder de execução dos seus credores.**

## Secção III – CONCEITO E ESTRUTURA DA OBRIGAÇÃO

### . Generalidades

Sendo o **direito de crédito um direito subjectivo**, a definição do seu conceito terá que ser traçada a partir do seu objecto, que conforme resulta do art. 397.º vem a ser a prestação, ou seja o comportamento que o devedor está vinculado a adoptar em benefício do credor.

No entanto, esta configuração do direito de crédito como um direito a um simples comportamento do devedor tem levantado a objecção de que o comportamento do devedor não é, susceptível de lhe ser coactivamente imposto, através de sanções físicas (ninguém pode ser coagido fisicamente a realizar uma prestação). O credor apenas pode proceder à execução do património do devedor (art 817º), para obter por via judicial a satisfação do seu direito à custa dos bens do devedor

(execução específica, a que se referem os art. 827.º) ou uma indemnização pelos danos sofridos com a não realização da prestação (indemnização por incumprimento – art. 798.º).

Por esse motivo, questiona-se se o verdadeiro objecto do direito de crédito não será antes o património do devedor, uma vez que só através dele o credor pode obter judicialmente a satisfação do seu direito.

Temos duas realidades que podem ser tomadas como possíveis objectos do direito de crédito:

- A prestação (conduta do devedor).
- O património (bens do devedor).

Para o Drº Carlos L. Barata, a relação obrigacional do artigo 397º apaga quase toda a posição do credor e é muito pensado na pessoa do devedor.

### . Teorias personalistas

O direito de crédito é um vínculo pessoal, um direito que tem por objecto uma conduta do devedor.

- O crédito como um direito sobre a pessoa do devedor.

Esta era a solução tradicional do Direito Romano quando se configurava o direito de crédito como representando um direito de domínio sobre uma pessoa.

Hoje o devedor permanece um sujeito da obrigação e não apenas objecto dela, pelo que a execução para a satisfação do direito de crédito apenas se pode fazer sobre os bens e não sobre a pessoa do devedor.

Savigny apresenta o direito de crédito como representando um domínio sobre uma actuação de prestação do devedor, o que representa a inclusão do direito de crédito nos direitos de domínio, à semelhança do que sucede com os direitos reais. O crédito constitui um domínio sobre uma pessoa, não no seu globo mas sobre uma actuação sua, a qual seria excluída da liberdade do devedor, sendo assim submetida à vontade de outrem (o credor) que exerceria um direito de domínio sobre essa actuação.

Contra esta tese temos que só seria violado o direito de crédito quando o devedor desrespeitasse a exigência apresentada pelo credor, o que não se encontra no conceito de direito de crédito. Para além disso a actuação é uma expressão directa da personalidade e por isso não pode ser dela separada para constituir objecto de um direito de outrem.

- O crédito como um direito à prestação do devedor.

O direito de crédito consiste na faculdade de exigir de determinada pessoa a realização de determinada conduta (prestação) em benefício de outrem, **conduta** que não pode ser coactivamente exigida, mas **corresponde a um valor patrimonial**, permite a execução do património do devedor para ressarcimento do credor.

O direito de crédito não incide, porém, nem sobre o património do devedor, nem sobre a coisa a prestar, sendo antes um direito à conduta do devedor. Trata-se por isso, de um **direito exclusivamente pessoal**, dirigido contra uma pessoa, ainda que o valor patrimonial desta adstricção pessoal permita a execução do património do devedor em caso de incumprimento.

### . As teorias realistas

Para estas o direito de crédito é um direito sobre o património do devedor. Temos diversas modalidades:

- O crédito como um direito sobre os bens do devedor.

O crédito é, à semelhança do direito real, um direito sobre bens, havendo apenas que considerar que não recai sobre determinados, mas antes sobre todo o património do devedor, entendido como universalidade. Esta teoria nega a existência de um direito à prestação, considerando que, por ser incoercível, o cumprimento da obrigação se apresenta como um acto absolutamente livre, que não é objecto de um direito do credor. O direito de crédito consiste apenas na faculdade de executar o património do devedor. O erro básico destas concepções realistas reside na circunstância de a faculdade de execução se destinar a garantir o direito de crédito, não constituindo objecto desse mesmo direito. Não se trata do direito de crédito como um direito a bens do devedor, na medida em que o seu objecto consiste antes na prestação. A prestação pode inclusivamente ser de facto, e até de facto negativo, caso em que o cumprimento não consiste na entrega de bens do devedor, obtendo o credor a satisfação do seu direito apenas mediante a conduta deste. Para além disso, se a prestação for originariamente impossível, o direito de crédito nem se chega a constituir (art. 401.º/1), extinguindo-se a obrigação, em caso de impossibilidade superveniente da prestação (art. 790.º), sendo que essas soluções seriam incompreensíveis se o objecto do direito de crédito fossem os bens do devedor. Por ultimo a inexistência de bens no património não impede alguém de assumir obrigações.

- O crédito como uma relação entre patrimónios.

Sustenta-se que tendo o direito de crédito sido na origem um vínculo pessoal, hoje essa sua configuração estaria abandonada, tendo ele se transformado num vínculo entre patrimónios, sendo as pessoas do credor e do devedor meros representantes jurídicos dos seus bens. Assim, não seria o devedor que deve ao credor, mas antes o património do devedor que deve ao património do credor. O direito de crédito seria, consequentemente, à semelhança do direito real, um direito sobre bens com a única diferença que não recai sobre bens determinados, mas antes colectivamente sobre todo o património do devedor.

É errado na medida em que os patrimónios são complexos de bens e as relações jurídicas apenas se estabelecem entre pessoas, não se identificando a titularidade de um património como a representação que consiste na substituição de pessoas na celebração de actos jurídicos.

- O crédito como um direito à transmissão dos bens do devedor.

Vê-se a obrigação como um processo de aquisição de bens, uma vez que coloca o objecto do direito não na pessoa, mas em bens. O fim da obrigação seria sempre a aquisição da propriedade, pelo que a diferença entre o direito de crédito e o direito real residiria na circunstância de este ser exercido directamente sobre a coisa, enquanto naquele «haveria um fenómeno de «propriedade indirecta», um direito à aquisição de bens do devedor. Dentro desta teoria temos duas concepções: alienação da propriedade do devedor ou o credor como sucessor do devedor.

Qualquer destas concepções apresenta-se como incorrecta, uma vez que a obrigação não envolve a transmissão ou sucessão de bens, uma vez que a prestação pode ser de facto, e nem tem que possuir valor económico. Mesmo no âmbito das prestações de coisa, o que está em causa é a conduta do devedor relativa à entrega da coisa, que é juridicamente distinta da transmissão da propriedade sobre ela. Assim, o direito de crédito tem sempre como objecto a prestação do devedor, sendo o direito a uma conduta de

outrem não recaindo sobre os bens ou valores do seu património. Efectivamente, mesmo que o credor possa penhorar bens do devedor em caso de incumprimento, estes são sujeitos à venda executiva para pagamento, não ficando o credor proprietário desses bens.

- O crédito como expectativa da prestação, acrescida de um direito real de garantia sobre o património do devedor.

É possível distinguir na obrigação duas relações fundamentais, o débito e a responsabilidade. A relação de débito corresponderia a um dever do devedor – entendido como o estado de pressão psicológica em que o devedor se encontra por existir um preceito que o manda realizar a prestação a determinada pessoa - e a uma legítima expectativa do credor, entendida como um estado de fíducia jurídica de receber a prestação pelo simples facto de lhe ser juridicamente devida, mas que não corresponde a um direito que ele possa fazer valer se a prestação não for espontaneamente realizada. A relação de responsabilidade corresponderia a um estado de sujeição, seja de uma pessoa, seja de uma ou mais coisas, seja de um inteiro património, e ao correspondente direito daquele, a quem seja devida uma prestação, de fazer valer essa sujeição, com o fim de tomar provável a realização da prestação pelo devedor, ou de obter o objecto da prestação, ou o seu valor no caso de ela não ser espontaneamente realizada.

#### **. As teorias mistas/dualistas**

Para estas doutrinas, a obrigação tanto tem por objecto a prestação como património do devedor, posição que se considera corresponder ao antigo direito romano, que distinguia entre a vinculação pessoal do devedor e a sua responsabilidade bem como ao antigo direito germânico que estabelecia uma distinção entre dívida e a responsabilidade. O débito seria o vínculo principal da obrigação, considere no dever de efectuar a prestação, enquanto a responsabilidade consistiria num vínculo de garantia, traduzido num estado de sujeição do património do devedor ao credor, que lhe asseguraria o equivalente patrimonial da prestação, em caso de não cumprimento. O credor teria dois direitos fundamentais, um direito à prestação, que seria um direito pessoal, e um direito sobre o património do devedor, que seria um direito real de garantia.

A teoria da Schuld und Haftung caracteriza-se por considerar o direito de crédito como um somatório destes dois elementos autónomos: o direito à prestação e o direito de execução sobre o património. Esta teoria defende que, apesar de fazerem parte do direito de crédito, estes dois direitos teriam natureza diversa entre si, mesmo quando coexistentes no mesmo sujeito, o que seria demonstrado pelas seguintes razões:

- O distinto objecto qualificativo da dívida e da responsabilidade.
- A possibilidade de a dívida e a responsabilidade terem uma diferente extensão quantitativa.
- A possibilidade de um dos direitos substituir sem o outro.
- A possibilidade de a responsabilidade e a dívida respeitarem a sujeitos diferentes.
- A possibilidade de os dois direitos se constituírem ou extinguírem em momentos diferentes.

A doutrina que sustenta esta concepção tem apresentado alguma divergência quanto à natureza da responsabilidade. Alguns afirmam o seu cariz privatístico, configurando-a como um direito real de garantia sobre bens do devedor. Outros acentuam o seu cariz publicístico, configurando-o como um direito de natureza processual, dirigido contra o Estado.

Assim, em relação à fiança, ela não constitui exemplo de responsabilidade sem dívida, uma vez que o fiador é um verdadeiro devedor, ficando pessoalmente obrigado perante o credor, ainda que a sua obrigação seja onde se esboça a do devedor (art 627.º), sendo a assunção dessa obrigação o fundamento da sua responsabilidade.

Por outro lado, a situação das obrigações naturais não é exemplo de dívida sem responsabilidade, porque, ou são verdadeiras obrigações, o que demonstraria precisamente que o direito de execução não faz parte do direito de crédito, ou não são consideradas obrigações, e então, a ausência de responsabilidade corresponde precisamente a uma ausência de dívida.

A afirmação de que se pode verificar a constituição e extinção da responsabilidade em momentos diferentes é também incorrecta. Na garantia relativa a obrigação futura, é manifesto que nunca existirá responsabilidade se não se constituir a dívida. Já quanto à prescrição, ela constitui uma efectiva causa de extinção, não apenas da responsabilidade, mas também da obrigação civil, independentemente da controvérsia em torno da natureza da obrigação natural.

Finalmente, há que salientar a incorrecção da qualificação do poder de execução como direito real de garantia do crédito, uma vez que as características destes direitos são a prevalência e a seqüela e nenhuma delas existe no poder de execução. Essa incorrecção deriva do erro de se atribuir natureza substantiva ao direito de execução, quando a sua natureza é afinal, meramente processual, correspondendo à acção executiva, meio de tutela judicial do direito de crédito e não objecto deste direito.

### **As doutrinas sustentando a complexidade do vínculo obrigacional**

Uma das tentativas de superação da contradição entre a prestação e o património do devedor consiste na configuração da obrigação como uma realidade complexa, abrangendo uma série de componentes, onde se encontraria tanto a prestação como a execução sobre o património do devedor.

Autores estrangeiros – Zepos, Siber, Karl Larenz.

É a doutrina defendida entre nós por Pessoa Jorge. Para este autor, a obrigação constitui uma “estrutura complexa”, mas mesmo mais complexa do que pretendem as teorias dualistas, já que qualquer das partes, o credor e o devedor, “tema sua posição integrada por um conjunto de poderes e deveres de natureza diversa, que tomadas em globo constituem o direito de crédito e a obrigação”..

### **. Posição adoptada**

A **obrigação** não se pode considerar um direito incidente sobre os bens do devedor, sendo antes um **vínculo pessoal entre dois sujeitos**, através do qual um deles pode exigir que o outro adopte determinado comportamento em seu benefício.

É esta a concepção adoptada pelo legislador que no seu art. 397.º consagra a **teoria clássica**, definindo a obrigação como o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra

à realização de uma prestação, **negando a existência de qualquer direito do credor sobre o património do devedor**. Efectivamente, a acção executiva representa apenas a aplicação pelo Estado de uma sanção pelo incumprimento das obrigações, através da qual se assegura protecção jurídica ao direito de crédito.

Reconhecendo-se que o credor não tem qualquer direito sobre os bens do devedor, parece claro que tem que se **reconhecer-lhe um direito subjectivo à prestação**, uma vez que o devedor está vinculado ao cumprimento.

## Secção IV – CARACTERÍSTICAS DA OBRIGAÇÃO

### - A patrimonialidade.

Por patrimonialidade, entende-se a susceptibilidade de a obrigação ser avaliável em dinheiro, tendo conteúdo económico. Como argumentos em defesa desta tese invoca-se o facto de **a execução apenas se poder exercer sobre o património do devedor e, como esta execução pressupõe sempre a liquidação do crédito numa soma pecuniária**, daí resultaria a necessidade de a prestação ter valor pecuniário. Para além disso, estaria em princípio excluída a ressarcibilidade dos danos morais causados pelo incumprimento das obrigações. Daqui resultaria para a tese clássica a insusceptibilidade de se constituírem obrigações sem natureza patrimonial.

O actual Código Português afastou-se dessa orientação referindo que a prestação **não necessita de ter carácter pecuniário, mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal (art. 398.º, n.º2)**. Fica assim consagrada a admissibilidade de constituir obrigações sem cariz patrimonial (emissão de um desmentido ou de um pedido de desculpas). Resta saber quais as hipóteses que estão excluídas por não corresponderem a um protecção legal.

**Antunes Varela** – pretende-se excluir do âmbito da obrigação dois tipos de prestação: as prestações que corresponderam a simples caprichos ou manias do devedor e as prestações que correspondam a situações tuteladas por outras ordens normativas, como a religião, ou o trato-social.

**Menezes Cordeiro** – não há obstáculos a que se constituam obrigações relativas a meros caprichos, desde que se refiram a situações jurídicas. Apenas se corresponderem a outros complexos normativos é que não sejam admissíveis.

**Galvão Telles** – a questão tem pouco interesse já que a maioria das obrigações revestirá natureza patrimonial. Daí que seja incorrecto limiarmente a partir da referência ao art. 398.º, n.º2, a patrimonialidade como característica das obrigações, uma vez que terão natureza excepcional as situações em que a obrigação não reveste cariz patrimonial. Justifica-se por isso que se fale em patrimonialidade tendencial (o crédito, enquanto direito à prestação (art. 397.º) é garantido através da acção de cumprimento e da execução do património do devedor (art. 817.º).

O Prof. Menezes Leitão considera que a razão está com Menezes Cordeiro. Efectivamente, o facto de o interesse do credor corresponder a uma mania ou capricho para a generalidade das pessoas (ex: a realização de uma tatuagem) não exclui a sua eventual importância para o credor e daí a admissibilidade de, através do exercício da autonomia privada, se constituir uma obrigação com esse objecto. Apenas se a situação disser exclusivamente respeito a outras ordens normativas (comparecer em certo encontro social,

rezar determinadas orações) é que a sua juridicidade é excluída e daí não poder-se admitir uma efectiva constituição de obrigações.

Justifica-se, por isso, que se fale da existência de uma patrimonialidade tendencial. Efectivamente, o crédito, enquanto direito de prestação (397º) é garantido através da acção de cumprimento e da execução do património do devedor (817º). Consequentemente o **direito de crédito consiste num activo patrimonial do credor da mesma forma que a obrigação é um passivo no património do devedor**. Tal é demonstrado pelo facto de, no momento do vencimento, a acção executiva permitir a realização de dinheiro em substituição do objecto da prestação. Mas, mesmo que o crédito esteja vencido, ele representa um activo do credor, que o pode transformar em dinheiro, através da sua cessão onerosa a terceiro (577º), ou da sua afectação a fins de garantia (679º).

\*ver aula prática do dia 24/10/05

#### **- A mediação ou colaboração devida.**

Uma outra característica da obrigação é a de que o credor não pode exercer directa e imediatamente o seu direito, necessitando da colaboração do devedor para obter a satisfação do seu interesse. Neste sentido se fala em **mediação**, uma vez que **só através da conduta do devedor o credor consegue obter a satisfação do seu interesse**. O direito de crédito tem assim como característica a mediação da actividade do devedor ou a exigência das obrigações. E da colaboração deste, para que o credor consiga obter a realização do seu direito.

Tem sido apontada como permitindo estabelecer a sua distinção dos **direitos reais**, uma vez que a estes faltaria essa característica, na medida em que consistiriam **num poder directo e imediato sobre uma coisa**. Já os defensores de uma concepção personalista do direito real negam a possibilidade de utilizar esse critério de distinção, na medida em que, configurando o direito real como uma obrigação passiva universal, consideram o exercício de poderes sobre a coisa como um reflexo factual ou económico dessa obrigação. É manifesto, no entanto, que a mediação existe nas obrigações e falta nos direitos reais, já que enquanto nestes o direito do credor se exerce directamente sobre coisas, naquelas o direito à prestação só é realizável através de um intermediário, que é o devedor, que se vincula assim a prestar a colaboração necessária para que o credor obtenha a satisfação do seu interesse.

Em certos casos, pode, porém, suceder que, perante a recusa do devedor em prestar, o credor possa obter a satisfação do seu direito à prestação por via judicial, como sucede na execução específica (art. 827º). Tal não justifica, porém, que se deixe de considerar a mediação como característica das obrigações, já que, se por via judicial se pode substituir a conduta do devedor em ordem a obter a satisfação do direito do credor, tal ocorre precisamente porque o devedor se vinculou a prestar essa conduta para esse efeito.

\* ver aula prática do dia 21/10/05 jurisprudência

#### **- A relatividade.**

Pode ser entendida em dois sentidos:

- Através de um prima estrutural: neste sentido se refere que o direito de crédito se estrutura com base numa relação entre credor e devedor.

A relatividade estrutural do direito de crédito e da obrigação é, a nosso ver, indubitável. O direito de crédito apresenta-se como o direito de exigir a outrem uma prestação. Só pode ser excluído pelo seu titular, o credor, contra outra pessoa determinada que tenha o correlativo dever de

prestar. Assim, distingue-se dos **direitos reais**, que se caracterizam por terem **carácter estruturalmente absoluto, na medida em que não se estruturam através de um relação de pessoas. – oponíveis erga omnes.**

- Através de um prisma de eficácia: neste sentido se refere que o direito de crédito apenas é eficaz contra o devedor. Consequentemente só a ele pode ser oposto e só por ele pode ser violado. Daí que a **obrigação não possa ter eficácia externa, ou seja, eficácia perante terceiros.**

Aqui a questão é mais discutível:

- Cunha Gonçalves: deriva em termos conceptualistas a relatividade em termos de eficácia, defendendo que os direitos de crédito nunca podem ser violados por terceiros, já que, sendo direitos relativos, os terceiros não têm o dever de os respeitar. Assim, os direitos de crédito só poderiam ser violados pelo devedor, não tendo o terceiro qualquer responsabilidade pela sua frustração. Esta solução resultaria do art. 406º, n.º 2 e da distinção entre a responsabilidade delitual e a responsabilidade obrigacional (já que o art. 483.º, relativo à violação de direitos absolutos, sujeita à responsabilidade civil, com a consequente obrigação de indemnizar, a sua violação culposa por qualquer pessoa, enquanto o art. 798.º, relativo à violação do direito de crédito, restringe ao devedor a responsabilidade obrigacional).

- Galvão Telles, Gomes da Silva: entendem que o dever geral de respeito, que a todos assiste, de não lesar os direitos alheios também abrangeria os direitos de crédito, que consequentemente teriam tutela delitual (483.º do CC).

- Menezes Leitão (posição intermédia): embora não aceite a existência de um dever geral de respeito dos direitos de crédito, admite alguma **oponibilidade dos créditos perante terceiros, através da aplicação do princípio do abuso de direito (334.º do CC).** O terceiro poderia ser assim responsabilizado nos casos em que a sua actuação lesiva do direito de crédito se possa considerar como um exercício inadmissível da sua liberdade de acção (autonomia privada).

Com efeito, na maioria dos casos o terceiro que contrata com o devedor não deve ser responsabilizado pelo facto de este violar as suas obrigações, uma vez que **faz parte da autonomia privada de cada um a possibilidade de contrair sucessivas obrigações mesmo que não esteja em condições de as cumprir (não existe um requisito de legitimidade de constituição de obrigações).** – 604º/1

Consequentemente, temos de reconhecer que a constituição de um crédito a favor de terceiro é plenamente válida, independentemente de existir um crédito incompatível. Assim, temos de considerar a não responsabilidade do terceiro nessa situação.

Em casos excepcionais, a responsabilização do terceiro poderá ser estabelecida, sempre que ele contratar em termos tais que este acto seja considerado um exercício inadmissível de posições jurídicas (quando infringir o art. 334.º do CC).

\* ver aula prática do dia 21/10/05

#### **- A autonomia.**

Pela expressão autonomia considerar-se-ia como característica da obrigação o facto de ser regulada pelo Direito das Obrigações. Assim, não poderiam ser consideradas como obrigações aquelas situações que embora estruturalmente obrigacionais viessem a ser reguladas por outros ramos do direito (por ex., a obrigação de pagar alimentos, estruturalmente obrigacional, mas que se apresenta regulada pelo Direito da Família).

Assim, entenderíamos que ao conceito de obrigação (art. 397.º) se deveria acrescentar a regulação pelo Direito das obrigações, já que as demais não seriam verdadeiras obrigações.

Esta é uma concepção errada, uma vez que a autonomização de uma obrigação não impede a sua regulação pelo Direito das Obrigações nas partes não sujeitas ao seu regime específico (a estrutura da obrigação autónoma e não autónoma é idêntica).

O Prof. Menezes Leitão considera assim três características das obrigações: a patrimonialidade tendencial, a mediação e a relatividade.

## **Secção V – DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS DE CRÉDITO E DIREITOS REAIS**

### **. A distinção entre direitos de crédito e direitos reais**

A distinção essencial que se deve estabelecer entre os direitos de crédito e os direitos reais consiste no critério do objecto: os **direitos reais são direitos sobre coisas**; os **direitos de crédito são direitos a prestações, direitos a uma conduta do devedor**.

Se o crédito é um direito à prestação, ele caracteriza-se por necessitar da mediação ou colaboração do devedor para ser exercido. Assim, **mesmo quando a prestação tem por objecto uma coisa, o credor não possui qualquer direito directo sobre ela, o que só sucederia se possuísse um direito real**. Tem apenas o direito a que o devedor lhe entregue essa coisa. – O direito à prestação. O credor necessita assim da colaboração do devedor para satisfazer esse seu interesse. Nos direitos reais o credor não necessita da colaboração de ninguém para exercer o seu direito, já que o seu direito incide directa e imediatamente sobre uma coisa, não necessitando da colaboração de outrem para ser exercido. – Direito absoluto, sem qualquer tipo de relação.

Da mesma forma, o direito de crédito distingue-se dos direitos reais em virtude da sua relatividade estrutural. O direito de crédito assenta numa relação, o que implica que tenha que ser exercido contra o devedor. O direito real não assenta em qualquer tipo de relação, dado que se exerce directamente sobre a coisa, podendo ser oposto a toda e qualquer pessoa (oponibilidade *erga omnes*).

HECK qualificava o direito real como um muro que protege contra todas as direcções e o direito de crédito como um muro que apenas protege numa direcção.

O direito de crédito é um direito relativo pelo que a sua **oponibilidade a terceiros é limitada** só podendo ocorrer em certas circunstâncias. Pelo contrário, a oponibilidade do direito real a terceiros é plena. Efectivamente o direito real adere à coisa e estabelece uma vinculação tal com a coisa que dela já não pode ser separado. Esta é a **denominada inerência**, que caracteriza os direitos reais.

A inerência tem uma sua manifestação dinâmica que é a **sequela**, a qual significa que o titular de um direito real pode perseguir a coisa onde quer que ela se encontre e pode sempre ser exercido<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Por exemplo, se alguém é proprietário de um determinado bem e outrem o vende a um terceiro, que por sua vez o torna a revender, para reclamar a coisa do seu possuidor actual o proprietário não necessita de demonstrar a invalidade de todas as transmissões, bastando-lhe demonstrar a sua propriedade para obter a restituição da coisa, através da acção de reivindicação (art. 1311.º).

O direito de crédito já não tem esta característica. Se alguém tem direito a uma prestação e o devedor aliena o objecto da mesma, o credor já não a pode exigir. Só lhe resta pedir uma indemnização ao devedor por ter impossibilitado culposamente a prestação. – Incumprimento definitivo da prestação.

Outra característica dos direitos reais que os permite distinguir dos direitos de crédito é a denominada **prevalência**, que, no seu sentido amplo, significa a **prioridade do direito real primeiramente constituído sobre posteriores constituições, salvo as regras do registo, e a maior força dos direitos reais sobre os direitos de crédito**, o que significa não ser possível constituir sucessivamente dois direitos reais incompatíveis sobre o mesmo objecto, só um podendo prevalecer. Assim, se alguém vender o mesmo objecto duas vezes a pessoas diferentes prevalecerá a primeira alienação, ou em caso de bens sujeitos a registo, a que primeiro for registada. Tal significa a **exigência de um requisito de legitimidade para a constituição dos direitos reais (art. 892.º), uma vez que com a primeira alienação o vendedor perde a sua legitimidade para dispor do bem.**

Essa característica não existe nos direitos de crédito, que não se hierarquizam entre si pela ordem da constituição, antes concorrem em pé de igualdade sobre o património do devedor que é rateado para se efectuar um pagamento proporcional (art. 604.º, n.º 1). Assim, se alguém tiver um património no valor de 1000 euros, e assumir sucessivamente duas obrigações pagar 1000 euros a dois credores distintos, as duas obrigações foram validamente assumidas, tendo o património do devedor que ser dividido. Têm todos uma posição equivalente sobre o património do devedor, a não ser que surjam acompanhados de um direito real que atribua prevalência no pagamento (art. 604.º, n.º 2). Efectivamente, os direitos reais têm mais força do que os direitos de crédito, pelo que, no caso de um conflito entre um direito real e um direito de crédito, será aquele que prevalecerá.

Em conclusão, a distinção entre direitos de crédito e direitos reais baseia-se numa diferença de objecto. Os direitos de crédito são direitos sobre prestações, os direitos reais direitos sobre coisas. Em consequência, os direitos de crédito possuem as características da mediação do devedor, da relatividade, de uma oponibilidade a terceiros limitada, ausência de inerência e não hierarquização entre si. Pelo contrário, os direitos reais são direitos imediatos, absolutos, plenamente oponíveis a terceiros, inerentes a uma coisa, dotados de sequela e hierarquizáveis entre si, na medida em que a constituição de um direito implica a perda de legitimidade para posteriormente constituir outro.

### . A questão dos direitos pessoais de gozo

Há certas figuras cuja qualificação como direitos reais se apresenta como controvertida. A nossa lei denomina estes direitos de **direitos pessoais de gozo (arts 407.º e 1682.º-A)**, entre os quais se inclui o direito do **locatário (art. 1022.º)**, do **comodatário (art. 1129.º)**, do **parceiro pensador (art. 1121.º)** e do **depositário (art. 1185.º)**.

O Prof. Antunes Varela qualifica-os de direitos de crédito. Para Oliveira Ascensão – reconhece, pelo menos, natureza real ao direito do arrendatário. Já o Prof. Menezes Cordeiro, defendeu numa primeira fase a natureza real de todos os direitos pessoais de gozo, com a excepção do direito do depositário, face ao disposto no art. 1189.º, posteriormente passou a defender a tese personalista. O Prof. José Mesquita defende uma posição intermédia, em que os direitos pessoais de gozo constituíram um

tertium genus entre os direitos de crédito e os direitos reais. Não seriam direitos reais, porque são estruturalmente relativos, já que se estruturam numa relação entre o credor e o devedor. Mas também não seriam direitos de crédito, porque são direitos imediatos sobre uma coisa corpórea, já que não necessitam da colaboração do devedor para ser exercidos.

Não devemos aceitar esta posição intermédia. Se o direito recai imediatamente sobre uma coisa, não necessitando da colaboração do devedor para ser exercido, não se vê como se pode afirmar que é estruturalmente relativo. Se o direito se estrutura numa relação com o devedor, não se vê como pode ter por objecto qualquer prestação sua, mas antes uma coisa. Para o Prof. Menezes Leitão, a resolução da questão da natureza dos **direitos pessoais de gozo passa assim por uma opção entre as teses personalistas e realista**, e não pela defesa de uma solução eclética.

O legislador pretendeu seguramente qualificar estes direitos como direitos de crédito, estabelecendo que **embora confirmam o gozo de uma coisa, esse gozo resulta ou de uma obrigação positiva assumida pela outra parte** (locação, arts. 1022.º e 1031.º b) e parceria pecuária, arts. 1121.º e 1125.º) ou de uma obrigação negativa por esta assumida (comodato, arts. 1129.º e 1133.º, n.º1) ou ainda de uma autorização eventual (depósito, arts. 1185.º e 1189.º). **Não haveria assim um direito imediato sobre a coisa, conforme é característico dos direitos reais, exigindo-se antes a mediação ou colaboração do devedor que vimos ser característica dos direitos de crédito**. Por outro lado, a inserção sistemática do seu regime no título relativo aos contratos em especial e não no livro dos direitos reais indica uma intenção de qualificação destes direitos como direitos de crédito.

No entanto, a verdade é que o **regime dos direitos pessoais de gozo tem muitas características que os aproximam dos direitos reais, como seja o facto de admitirem uma tutela que extravasa da simples acção de cumprimento e execução** (art. 817.º). Efectivamente, a lei admite a utilização das acções possessórias contra terceiros que privem o titular do direito pessoal de gozo da coisa ou o perturbem o exercício do seu direito, aos quais equipara a outra parte no contrato (arts. 1037.º, n.º2, 1125.º, n.º2, 1133.º, n.º 2 e 1188.º, n.º 2). Quem é assim qualificado pela lei como cultural devedor de uma obrigação de gozo, vem a ser tratado pela mesma lei como eram tu1 qualquer lesante em caso de violação desse direito de gozo. Pareceria faltar, aos direitos pessoais de gozo a relatividade estrutural que caracteriza os direitos de crédito, sendo o direito pessoal de gozo estruturado em termos absolutos como os direitos reais.

Para além disso, o exercício do gozo sobre a coisa normalmente gozo de realiza-se sem a intervenção de qualquer pessoa. O locatário, o comodatário, o parceiro pensador e o depositário não necessitam de recorrer à outra parte para obter a satisfação dos seus direitos.

No caso do direito do locatário parece existir aliás um fenómeno de inerência à coisa, semelhante ao que sucede com os direitos reais, uma vez que a lei consagrou no art. 1057.º a regra: a compra não prejudica a locação, na medida em que, ao se estabelecer que o adquirente da coisa sucede nos direitos e obrigações do locador, prevê-se no fundo a possibilidade de o direito do locatário perseguir a coisa, seja qual for o património em que se encontre, solução estranha a um direito de crédito em que a subtracção de uma coisa ao património do devedor implica normalmente a impossibilidade de cumprimento da obrigação de prestar essa coisa, e nunca a oneração do património de terceiro com essa obrigação.

Para além disso, a lei vem estabelecer **uma hierarquização dos direitos pessoais de gozo segundo a ordem da sua constituição ou registo (art. 407.º)**, o que também se apresenta como uma solução estranha no âmbito dos direitos de crédito, em que a regra não é a da sua hierarquização, mas antes a do rateio sobre o património do devedor (art. 604.º, n.º1).

Não podemos qualificar os direitos absolutos, dotados de inerência e prevalência e como direitos reais?:

- Por um argumento histórico-cultural. No âmbito do direito romano os direitos reais eram tutelados pelas *actiones in rem* e os direitos de crédito pelas *actiones in personam*. Ora, os direitos pessoais de gozo foram sempre defendidos por *actiones in personam* e não por *actiones in rem*, o que explica a sua configuração actual como direitos de crédito e não como direitos reais;
- Desta explicação histórica resulta a aplicação aos direitos pessoais de gozo de regras distintas dos direitos reais. Uma delas é a desnecessidade de legitimidade para constituir validamente direitos pessoais de gozo sobre a coisa. Assim, se alguém arrendar um prédio que não é seu, o arrendamento não deixa de se considerar validamente constituído, apenas respondendo o locador por incumprimento em caso de não conseguir proporcionar o gozo da coisa ao locatário (art. 1034.º). Neste sentido, a regra do art. 407.º é distinta do conflito entre direitos reais já que o conflito entre direitos pessoais de gozo é um conflito entre direitos validamente constituídos, ao passo que o pretense conflito entre direitos reais é um conflito entre um direito e um não direito, na medida em que o alienante só poderia eficazmente alienar uma vez o seu direito;
- Por esse motivo, a **defesa dos direitos pessoais de gozo** é distinta dos direitos reais. Estes defendem-se **através da acção de reivindicação (art. 1311.º)**, onde é **necessário demonstrar que se é o verdadeiro titular do direito real**, o que só é possível, se não houver presunções da titularidade, através da demonstração de uma aquisição originária do direito. Pelo contrário, os direitos pessoais de gozo são tuteláveis contra a outra parte através das acções relativas aos contratos que os constituíram (art. 817.º), bastando para esse efeito a invocação do respectivo contrato (art. 406.º). Essa invocação do contrato como fundamento do direito pessoal de gozo nunca é dispensada, uma vez que ela é referida mesmo no caso do art. 1057.º. Daí que a nosso ver no art. 1057.º não exista qualquer fenómeno de sequela, mas antes uma situação de transmissão forçada das obrigações, já que ela se funda na aquisição do direito com base no qual foi celebrado o contrato, ou seja, numa aquisição derivada, não tendo que se demonstrar a válida constituição desse direito através de uma aquisição originária, ao contrário do que seria típico dos direitos reais<sup>248</sup>.

Parece-nos assim de considerar que os **direitos pessoais de gozo são direitos de crédito, uma vez que através deles o titular adquire o direito a uma prestação do devedor, que consiste em assegurar o gozo de uma coisa corpórea, tutelável através da acção de cumprimento**. A satisfação dessa prestação pressupõe, porém, a atribuição ao credor um direito à posse das coisas entregues, o que justifica que a lei lhe atribua as acções possessórias para defesa dessa situação jurídica. A existência de posse nestes direitos não implica a sua qualificação como direitos reais (ao contrário do que poderia ser

sustentado através de uma argumentação conceptualista a partir do art. 1251.º), uma vez que neste caso o direito ao gozo da coisa é obtido a partir de uma prestação do devedor, resultando de um direito de crédito.

## Secção VI – OBJECTO DA OBRIGAÇÃO: A PRESTAÇÃO

### . Delimitação do conceito de prestação

Da definição do art. 397.º resulta que a prestação consiste na conduta a que o devedor se obriga a desenvolver em benefício do credor. A prestação é o contraponto no plano ontológico da vinculação assumida pelo devedor. Daí que **a realização da prestação pelo devedor se considere como cumprimento, importando a extinção da obrigação (art. 762.º, n.º1).**

De acordo com o art. 398.º, n.º1, a prestação pode tanto consistir numa **acção ou numa omissão**, sendo o seu conteúdo determinado pelas partes dentro do limite legal. Pode também consistir não na actividade que o devedor desenvolve, mas antes no resultado dessa actividade (confronte-se os arts. 1152.º e 1154.º do C.C.) – Prestação de factos/prestação de meios.

O art 398.º, n.º2 estabelece um requisito suplementar, referindo-nos que a prestação, embora não necessite de ter valor pecuniário, deve corresponder a um **interesse do credor, digno de protecção legal**. Estamos aqui perante um problema da patrimonialidade da prestação, a que a lei deu resposta negativa, embora seja claro que a grande parte das prestações revestem valor patrimonial. No entanto, a fórmula utilizada permite abranger como objecto da obrigação situações não patrimoniais, mas que correspondam a um interesse do credor que mereçam tutela jurídica, cm a publicação de um pedido de desculpas ou de um desmentido em caso de difamação. Já não constituirão, porém, objecto possível da obrigação situações que se reconduzam a outras ordens normativas<sup>4</sup>, cm o cumprimento de deveres religiosos (rezar orações) ou situações de mera cortesia..

### . Requisitos legais da prestação

#### . Generalidades

**Face ao art. 397.º, a prestação constitui o objecto da obrigação.** Nos termos do art. 398.º, as partes têm faculdade de determinar o seu conteúdo dos limites da lei. Se a obrigação resultar de um **negócio jurídico**, a prestação estará naturalmente sujeita **às regras relativas ao objecto negocial** (art. 280.º - nulidade do negócio se a prestação desrespeitar algum desses limites). A mesma situação ocorre se a prestação for ilícita ou indeterminável. As regras do art. 280.º são aplicáveis à prestação, devendo por isso ser física e legalmente possível, lícita, conforme à ordem pública e aos bons costumes e determinável.

---

<sup>4</sup> Larenz: o interesse do credor deve ser entendido meramente como o interesse jurídico em receber a prestação, não os interesses pessoais e económicos que ela pode proporcionar. Assim o interesse do comprador é receber a coisa comprada, não o de posteriormente a revender ou oferecer.

Não obstante a aplicação da regra do art. 280.º, o legislador voltou a referir-se aos requisitos da prestação nos arts 400.º e 401.º, que terão de assim de ser articulados com o art. 280º.

### **. Possibilidade física e legal**

Face ao art. 280.º, n.º1, a impossibilidade física ou legal produz nulidade do negócio jurídico. Esta regra vem repetida no art. 401.º, n.º1, mas os **n.º 2 e 3 estabelecem restrições a essa solução.**

**Para que a impossibilidade da prestação produza a nulidade do negócio jurídico, é necessário que ela constitua uma impossibilidade originária (art. 401.º, n.º1). Se a prestação vem a tornar-se supervenientemente impossível, após a constituição do negócio, este não é nulo. A obrigação é que se vai extinguir, por forçado art. 790.º.**

O art. 401.º, n.º2, admite, porém, casos em que a prestação é originariamente impossível, mas a validade do negócio não é afectada. Serão os casos em que o negócio é celebrado para a **hipótese de a prestação se tornar possível, ou em que o negócio é sujeito a condição suspensiva ou a termo inicial** e, no momento da sua verificação, a prestação já se tornou possível. É admissível a celebração de negócios para a eventualidade de a prestação se tornar possível, o que abrange situações como a prestação de coisa absolutamente futura (art. 399.º), caso em que o devedor fica obrigado a exercer as diligências necessárias para que o credor adquira essa coisa (art. 880.º, n.º1).

**A impossibilidade deve, por outro lado, ser absoluta e não apenas relativa.** O art. 401.º, n.º3, refere-nos que apenas se considera impossível a prestação que o seja em relação ao objecto e não em relação à pessoa do devedor. **A mesma regra aplica-se à impossibilidade superveniente, por força do art. 791.º. as prestações são em princípio fungíveis, pelo que o seu cumprimento pode ser efectuado por qualquer pessoa (art. 767.º, n.º1).** Assim, se só o devedor estiver impossibilitado de prestar, ele deve fazer-se substituir no cumprimento da obrigação. Não há, por isso, obstáculos à constituição da obrigação se a impossibilidade for meramente subjectiva, exigindo-se uma impossibilidade que o seja em relação ao objecto e não meramente em relação à pessoa do devedor. Daí a possibilidade reconhecida de a obrigação ter por objecto coisas relativamente futuras (art. 211.º), bem como a circunstância de a denominada impossibilidade económica não ser considerada como verdadeira impossibilidade, por ser apenas referida à pessoa do devedor.

### **. Licidade**

O requisito da licitude da prestação consta dos arts. 280.º, n.º1 e 294.º, de onde resulta que o objecto negocial não pode ser contrário a qualquer disposição que tenha carácter injuntivo (limite à autonomia privada).

A ilicitude do negócio pode ser de resultado ou de meios, consoante o negócio vise objectivamente um resultado ilícito ou se proponha alcançar um resultado lícito, através de meios cuja utilização é proibida por lei. Em ambos os casos o art. 280.º, n.º1, considera o negócio como nulo<sup>5</sup>.

### **. Determinabilidade**

A prestação tem que ser determinável. Esta regra resulta do art. 280.º, que estabelece a nulidade do negócio jurídico cujo objecto seja indeterminável. Deve esclarecer-se que indeterminável não deve ser confundido com indeterminado, já que a **obrigação pode constituir-se estando ainda a prestação indeterminada, desde que ela seja determinável (prestações indeterminadas: as obrigações genéricas – arts 539.º e ss. – e as obrigações alternativas – arts 543.º e ss.)**.

Em caso de indeterminação da prestação, aplica-se à situação o art 400.º do CC, que refere que a determinação da prestação pode ser confiada a uma outra das partes ou a terceiro; mas que, em qualquer dos casos, deve ser feita segundo juízos de equidade se outros critérios não tiverem sido estabelecidos. Nesta norma, a referência a «juízos de equidade» não significa uma remissão para o mero arbítrio mas antes «juízos de razoabilidade». Consequentemente as partes têm de seguir critérios pré-estabelecidos de adequação ao fim da obrigação e à prossecução do interesse do credor.

Caso não resulte do negócio qualquer critério que permita realizar a determinação da prestação, ele terá que ser considerado nulo por indeterminável (art. 280.º, n.º1), não podendo o art. 400.º servir para suprir essa nulidade.

### **. Não contrariedade à ordem pública e aos bons costumes**

A prestação não pode ser contrária à ordem pública e aos bons costumes (art. 280.º, n.º2). Estes são conceitos indeterminados, cuja concretização deve se feita pelo julgador<sup>6</sup> (invalidade do negócio que tenha como objecto a realização de favores sexuais). A referência à ordem pública corresponde aos denominados princípios fundamentais do ordenamento jurídico, cuja contrariedade, mesmo que não constando de uma norma expressa, implica a invalidade do negócio.

À semelhança do que acontece com a ilicitude, também apenas o fim subjectivo das partes pode ser contrário à ordem pública ou aos bons costumes. Nesse caso, o negócio só será nulo, se o fim for comum a ambas as partes (art. 281.º).

## **Secção VIII – A COMPLEXIDADE INTRA-ORIGACIONAL E OS DEVERES ACESSÓRIOS DE CONDUTA**

<sup>5</sup> Menezes cordeiro – a ilicitude de resultado não deve ser confundida com a situação em que apenas o fim subjectivo de quem celebra o negócio é ilícito, havendo que olhar ao fim subjectivo distinto em relação das partes em relação ao negócio, sendo nulo no caso deste ser comum a ambas as partes (art. 281.º).

<sup>6</sup> Menezes Cordeiro – (bons costumes) deve abranger referência a regras de conduta familiar, sexual e deontológica. (ordem pública) corresponde aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

Um dos problemas suscitados pela obrigação diz respeito à complexidade do vínculo obrigacional, que justifica que se fale de obrigação em dois sentidos:

- Um estrito, correspondendo à definição do art 397.º, que apenas abrange o binómio direito de crédito-dever de prestar.

- Outro amplo que abrangeria todo o conjunto de situações jurídicas geradas no âmbito da relação entre o credor e o devedor<sup>259</sup>.

Neste sentido, a obrigação constitui analiticamente uma realidade complexa, que permite abranger:

1) O dever de efectuar a **prestação principal**, que por sua vez pode analiticamente ainda ser decomposto em sub-deveres relativos a diversas condutas materiais ou jurídicas; Este é o elemento determinante da obrigação e que lhe atribui a sua individualidade própria. Por esse motivo, as classificações de obrigações fazem-se normalmente tomando apenas em consideração essa realidade (o devedor compromete-se a entregar um automóvel – compra e venda – ou a repará-lo – contrato de empreitada).

2) Os **deveres secundários de prestação**, que correspondem a **prestações autónomas** ainda que especificamente acordadas com o **fim de complementar a prestação principal**, sem a qual não fazem sentido; são funcionais em relação à prestação principal, que visam complementar (o devedor, além de se obrigar a entregar o automóvel ou a repará-lo, pode secundariamente comprometer-se a encher o depósito ou proceder ainda a uma lavagem).

3) Os **deveres acessórios**, impostos **através do princípio da boa fé**, que se destinam a permitir que a execução da prestação corresponda à plena satisfação do interesse do credor e que essa execução não implique danos para qualquer das partes; sucedem, designadamente nas relações contratuais duradouras como a sociedade ou o trabalho, em ordem a não frustrar a intensa relação de confiança e colaboração que deve vigorar entre as partes, mas também em todas as relações obrigacionais em que se justifique a tutela de uma situação de confiança (deveres acessórios de informação, protecção e lealdade).

4) Sujeições, como contraponto a algumas situações jurídicas potestativas que competem ao credor; aqui podemos incluir a faculdade de interpelação nas obrigações puras, que coloca o devedor na situação de mora (art. 805.º, n.º1), ou a resolução do contrato em consequência do incumprimento (art. 801.º, n.º2). Verifica-se assim que o direito de crédito, não sendo estruturalmente um direito potestativo, pode incluir no seu seio elementos de carácter potestativo.

5) Poderes ou faculdades, que o devedor pode exercer perante o credor; podemos referir a faculdade de o devedor oferecer a todo o tempo a prestação nas obrigações puras (art. 777.º, n.º1) que, não sendo aceite, importa a colocação do credor em mora (art. 813.º) e as faculdades de determinar a prestação nas obrigações genéricas (art 539.º) e alternativas (art. 543.º, n.º2).

6) Excepções, que consistem na faculdade de paralisar eficazmente o direito de crédito; pode-se incluir a prescrição (art. 303.º) a excepção de não cumprimento do contrato (art. 428.º), o benefício da excussão (art. 638.º) e o direito de retenção (art. 754.º).

Conclui-se que a obrigação constitui uma relação complexa, onde se encontra algo mais do que a simples decomposição dos seus elementos principais como o direito à prestação e o dever de prestar.

Nesses casos fala-se em relação obrigacional complexa. Assim, a obrigação não pode ser reconduzível estruturalmente apenas aos elementos do direito de crédito e do dever de prestação, mas incluir também um conjunto de situações jurídicas que se unem num fim que é a realização do próprio interesse do credor.

## Secção IX – MODALIDADES DE OBRIGAÇÕES

### . As obrigações naturais. Problemática da sua inserção no conceito de obrigação.

Uma figura cuja qualificação como obrigação se apresenta como contravertida consiste nas obrigações naturais, a que se referem os artigos 402. e ss. do Código Civil. Elas são definidas pelo artigo 402º como as obrigações que se fundam “**num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça**”. O que caracteriza as obrigações naturais é assim a **não exigibilidade judicial da prestação**, resumindo-se a sua tutela jurídica à possibilidade de o credor conservar a prestação espontaneamente realizada, a que se refere o artigo 403º do código. Como consequência exclui-se a possibilidade de repetição do indevido (476), salvo no caso de o devedor não ter capacidade para realizar a prestação.

Assim, se o devedor tiver capacidade para realizar a prestação e a efectuar espontaneamente (403º) já não pode pedir a restituição, mesmo que estivesse convencido, por erro, da coercibilidade do vínculo.

**As obrigações naturais não podem ser convencionadas livremente pelas partes no exercício da sua autonomia privada, uma vez que uma convenção nesse sentido equivaleria a uma renúncia do credor ao direito de exigir o cumprimento, o que é expressamente vedado (809º).** Só poderão admitir-se obrigações naturais com base na disposição do 402º, de que seriam exemplos a obrigação prescrita (304º/2), o jogo e aposta (1245º) e o pagamento ao filho de uma compensação pela obtenção de bens para os pais (1895º/2).

A lei manda aplicar às obrigações naturais o regime das obrigações civis, em tudo o que não se relacione com a realização coactiva da prestação salvo as excepções do 404º. Para o Prof. Menezes Leitão o alcance desta remissão será muito mais reduzido do que à primeira vista possa parecer. Não lhes é aplicável, o regime das fontes das obrigações. **A exigência da espontaneidade do cumprimento da obrigação natural é incompatível com a estipulação de garantias.** Finalmente, as obrigações naturais não se podem extinguir por prescrição.

**Natureza jurídica das obrigações naturais** → Para o Prf. ML, a obrigação natural não constitui uma verdadeira obrigação jurídica, na medida em que nela não existe um vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização da prestação (397º). A simples existência de um dever moral e social, que corresponda a um dever de justiça, não basta para se considerar subsistente na obrigação natural um vínculo jurídico, uma vez que é a própria lei que recusa ao credor natural a tutela jurídica desse direito ao negar-lhe a faculdade de exigir judicialmente o cumprimento Ora, essa faculdade integra o conteúdo do direito de crédito e não é dele conceptualmente separável. Por outro lado, nas **obrigações civis o cumprimento da obrigação não aumenta o património do credor, uma vez que o devedor se limita a solver um crédito, que já consistia um valor patrimonial no âmbito desse**

**património.** Na obrigação natural a situação é radicalmente distinta. Sem a faculdade de exigir o cumprimento, o direito de crédito não tem conteúdo, não podendo nunca considerar-se um valor activo patrimonial do credor.

Nas obrigações naturais, não existe, conseqüentemente um direito primário à prestação, como direito de crédito. A lei limita-se a reconhecer causa jurídica à prestação realizada espontaneamente, excluindo que o prestante possa vir a recorrer a repetição do indevido, Para 476º/1 determina que o regime de repetição do indevido é aplicável, “sem prejuízo do disposto acerca das obrigações naturais”.

A função do artigo 403º/1 não reside numa juridificação da obrigação natural, mas antes na tutela de aquisição pelo credor natural, em consequência da prestação, à qual se atribui assim causa jurídica.

### **Classificação das obrigações em função dos tipos de prestações**

#### **Prestações de coisa e prestações de facto**

As **prestações de coisa são aquelas cujo objecto consiste na entrega de uma coisa**. Por ex., na hipótese de alguém comprar um bem, o vendedor obriga-se a entregá-lo (879º b)). Por sua vez, as **prestações de facto são aquelas que consistem em realizar uma conduta de outra ordem, como na hipótese de alguém se obrigar a cuidar de um jardim (1154º)**. – prestação de serviços.

Na prestação de coisa, pode ser distinguida a actividade do devedor (prestação do devedor) da própria coisa (coisa a prestar) que existe independentemente da sua conduta. O interesse do credor verifica-se normalmente em relação à coisa, que tem uma existência independente da prestação, e não em relação à actividade do devedor. No entanto, o direito de crédito nunca incide directamente sobre a coisa, mas antes sobre a conduta do devedor, já que se exige sempre a mediação da actividade do devedor para o credor obter o seu direito. Daí que mesmo nos casos de prestações de coisa, o **credor não tenha qualquer direito sobre a coisa, o que só sucede nos direitos reais, mas antes um direito a uma prestação, que consiste na entrega da coisa**.

Pelo contrário, nas prestações de facto não é possível distinguir entre a conduta do devedor e uma realidade que exista independentemente dessa conduta. O direito tem por objecto a prestação do devedor e o seu interesse não corresponde a nenhuma realidade independente dessa prestação.

Hoje em dia, tem utilidade distinguir entre prestação de coisa presente e prestação de coisa futura. O art 211º (diz respeito a coisas relativamente futuras) define-nos coisas futuras, como as que não estão em poder do disponente ou a que este não tem direito, ao tempo da declaração negocial. Para Prof. Menezes Leitão, esta definição não se apresenta totalmente correcta, uma vez que, o conceito de coisa futura é mais amplo do que este, abrangendo ainda as coisas inexistentes e as coisas ainda não autonomizadas de outras. Os bens futuros são assim aqueles que não tendo existência, não possuindo autonomia própria ou não se encontrando na disponibilidade do sujeito, são objecto do negócio jurídico na perspectiva de aquisição futura dessas características.

Se não há qualquer obstáculo a que a prestação tenha por objecto as coisas presentes, já há algumas restrições à constituição de obrigações sobre coisas futuras uma vez que, embora o art. 399º admita genericamente a prestação de coisa futura, refere logo, porém, a existência de casos em que a lei a

proíbe. Efectivamente, os bens futuros podem ser objecto de compra e venda (880º), mas já não podem ser objecto de doação (942º/1).

As prestações de facto também admitem uma classificação entre prestações de facto positivo (facere) e prestações de facto negativo (que por sua vez se subdividem em prestações de non facere e de pati). As prestações de facto positivo são aquelas em que a prestação tem por objecto uma acção e as de facto negativo aquelas em que a prestação tem por objecto uma omissão do devedor, Estas admitem, porém, ainda uma distinção consoante a omissão que é objecto corresponde a não realizar determinada conduta (non facere) ou antes a tolerar/suportar a realização de uma conduta por outrem (pati).

É ainda possível relativamente às prestações de facto, estabelecer uma subdistinção entre prestações de facto material e prestações de facto jurídico. Nas primeiras, a conduta que o devedor se compromete a realizar é uma conduta puramente material, não destinada à produção de efeitos jurídicos (ex.: realizar uma determinada obra). Nas segundas, a conduta do devedor aparece destinada à produção de efeitos jurídicos, sendo assim esse resultado jurídico incluído na prestação (ex: celebrar ou não determinado contrato).

### **Prestações fungíveis e prestações infungíveis**

As prestações fungíveis são aquelas em que a prestação pode ser realizada por outrem que não o devedor, podendo assim este fazer-se substituir no cumprimento. Pelo contrário, as prestações infungíveis, são aquelas em só o devedor pode realizar a prestação, não sendo permitida a realização por terceiro\*.

O art 767º/1, determina que a prestação pode ser realizada por terceiro, interessado ou não o cumprimento da obrigação. Desta norma resulta que, **regra geral, as prestações são fungíveis**, Mas, o art. 767/2, refere os casos em que a prestação é infungível: quando a substituição do devedor no cumprimento não prejudica o credor (**infungibilidade natural**), ou quando se tenha acordado expressamente que a prestação só pode ser realizada pelo devedor (**infungibilidade convencional**).

A fungibilidade da prestação tem importância especial para efeito da execução específica da obrigação. Efectivamente, se a prestação é fungível, o credor pode, sem prejuízo para o seu interesse, obter a realização da prestação de qualquer pessoa e não apenas do devedor, Admite-se, por isso, que o credor requeira ao Tribunal que determine a realização da prestação por outra pessoa, às custas do devedor, Assim, se a prestação consistir na entrega de coisa determinada, o credor pode requerer em execução que a entrega lhe seja feita judicialmente (827º). Também as prestações de facto positivo podem, quando fungíveis, ser sujeitas a execução específica (828º). Um fenómeno semelhante ocorre em relação às prestações de facto negativo fungíveis em que, se a actuação consistir na realização de uma obra, se pode requerer que a obra em questão seja demolida à custa do que se obrigou a não fazer (829º).

---

\* Não deve ser confundida a distinção entre prestações fungíveis e infungíveis com a distinção entre coisas fungíveis e infungíveis, a que faz referência o art 207º. Relativamente à prestação, a sua fungibilidade consiste na possibilidade de substituição do devedor. Relativamente, às coisas, a fungibilidade consiste em a coisa não estar individualizada, mas apenas determinada pelo seu género, qualidade e quantidade. Assim, a prestação de coisa pode ter por objecto coisas fungíveis ou infungíveis, mas enquanto prestação é naturalmente fungível, uma vez que as coisas, sejam fungíveis ou infungíveis, não têm de ser entregues pelo próprio devedor.

Ainda, mesmo que a prestação consista na realização de uma actividade jurídica (por ex., celebração de um contrato), admite-se a substituição no cumprimento através da emissão pelo Tribunal de uma sentença com os mesmos efeitos do contrato prometido (830°).

Se a prestação é infungível, a substituição do devedor no cumprimento já não é possível, pelo que a lei não admite a execução específica da obrigação. Admite-se, porém, em alguns casos a aplicação de uma **sanção pecuniária compulsória**, que **visa precisamente coagir o devedor a cumprir a obrigação (829° A)**. Para além disso, as **obrigações infungíveis estão sujeitas a um regime específico em caso de impossibilidade de prestação, uma vez que nelas a impossibilidade relativa à pessoa do devedor (o pintor fica sem a mão direita) acarreta mesmo a extinção da obrigação, em virtude de não ser admitida a sua substituição no cumprimento (791°)**.

### **. Prestações instantâneas e prestações duradouras**

**Prestações instantâneas:** aquelas cuja **execução ocorre num momento único** (entrega da coisa no contrato de compra e venda). O seu **conteúdo e extensão não são delimitados em função do tempo**. Podemos dividi-las em:

- **Integrais:** são realizadas de uma só vez (entrega da coisa pelo vendedor –art. 882.º)

- **Fraccionadas:** aquelas em que o montante global é dividido em várias fracções, a **realizar sucessivamente** (o pagamento do preço na venda a prestações – 934.º). Podiam ser confundidas com as prestações duradouras periódicas. Nas **fraccionadas está-se perante uma única obrigação cujo objecto é dividido em fracções**, com vencimentos intervalados, havendo **definição prévia do montante global e o decurso do tempo não influenciando no conteúdo e extensão da prestação, apenas no modo de realização** (compra e venda a prestações, o preço é previamente combinado, servindo o decurso do tempo para escalonar a sua divisão em partes).

**Prestações duradouras:** a execução prolonga-se no tempo, em virtude de terem por conteúdo ou um comportamento prolongado no tempo ou uma repartição sucessiva de prestações isoladas por um período de tempo (as prestações relativas aos contratos de locação, de trabalho). O essencial é que a **realização dependa sempre do decurso de um período temporal, durante o qual a prestação deve ser continuada ou repetida**. Podemos distinguir:

- **Continuada:** a **prestação não sofre qualquer interrupção** (a prestação do locador – art. 1031.º b) – ou o fornecimento de electricidade).

- **Periódica:** a **prestação é sucessivamente repetida em certos períodos de tempo** (o pagamento da renda pelo locatário – art. 1038.º). O que temos aqui é uma **pluralidade de obrigações distintas emergentes de um único vínculo fundamental que sucessivamente as origina**, não podendo haver qualquer definição inicial do seu montante global, já que o **decurso do tempo que determina o número de prestações**.

O facto de o decurso do tempo determinar o conteúdo da obrigação e não apenas o momento em que esta deve ser realizada é assim o que distingue as prestações duradouras das instantâneas. Mesmos nas fraccionadas o decurso do tempo não influi no conteúdo da obrigação mas apenas determina o seu vencimento (art. 805.º, n.º 2 a)), o qual pode mesmo em certos casos ocorrer antecipadamente a esse

momento (art. 781.º). Pelo contrário, nas prestações duradouras, contínuas ou periódicas, o decurso do tempo influi no conteúdo e extensão da obrigação, pelo que a extinção ou alteração do contrato antes do decurso do prazo implica a não constituição ou a alteração da prestação relativa ao tempo posterior.

As prestações duradouras implicam a atribuição de um regime especial de extinção aos contratos que as incluem. O facto de estes contratos se poderem prolongar no tempo implica que a lei deva assegurar também alguma delimitação à sua duração, sob pena de a liberdade económica das partes poder ficar seriamente comprometida. A lei tem de assegurar uma delimitação temporal aos contratos de execução duradoura, o que é **realizado através do acordo prévio das partes fixando um limite temporal** ao contrato ou através da **denúncia do contrato**. Este é um instituto típico dos contratos de execução duradoura e caracteriza-se por permitir, quando as **partes não fixaram a duração do contrato, que qualquer delas proceda à sua extinção para o futuro, através de um negócio unilateral receptício.**

Os contratos de execução continuada e duradoura, podem ser assim denunciados pelas partes se forem celebrados por tempo indeterminado. Se o não forem, não está excluída neles a aplicação da resolução do contrato, para que o que se exigem fundamentos específicos, correspondentes à inexigibilidade de manutenção por mais tempo do vínculo contratual, distintos do genérico incumprimento das obrigações da outra parte. Por vezes, atenta a situação do contrato em causa, esses fundamentos são mais largos do que o regime geral, como sucede na sociedade (arts.1002.º, n.º2 e 1003.º). Se a **resolução do contrato tem normalmente efeito retroactivo (art. 434.º, n.º1)**, nos **contratos de execução continuada ou periódica, pelo contrário, ela não abrange as prestações já executadas, a não ser que entre elas e a causa de resolução exista um vínculo que legitime a resolução de todas elas (art. 434.º, n.º2)**. Nas prestações duradouras o decurso do tempo determina o conteúdo da obrigação e não apenas o momento em que deve ser realizada. Por esse motivo, o tempo em que o contrato vigorou constituiu nas partes o direito às prestações recebidas, que não é afectado pela resolução do contrato. Por esse motivo, a **resolução nestes contratos só opera normalmente para o futuro, não tendo efeito retroactivo, a menos que a causa da resolução seja reportada às prestações já realizadas.**

Finalmente, os contratos de execução duradoura caracterizam-se por neles **vigorearem com maior intensidade os deveres de boa fé**. Trata-se de relações que pressupõem uma intensa relação de confiança e colaboração entre as partes e uma aplicação intensa da boa fé e de deveres acessórios. Assim, se alguma parte lesar a confiança da outra mesmo que não cumprindo uma prestação recíproca, ela tenha o direito de resolução do contrato, com fundamento **em justa causa** (arts. 1002.º, 1140.º, 1150.º, 1194.º, 1201.º).

### **Prestações de resultado e prestações de meios**

Nas prestações de **resultado, o devedor vincular-se-ia efectivamente a obter um resultado determinado, respondendo por incumprimento se esse resultado não fosse obtido**. Nas prestações de **meios, o devedor não estaria obrigado à obtenção do resultado, mas apenas a actuar com a diligência necessária para que esse resultado seja obtido.**

O interesse da distinção, resulta na forma de estabelecimento do ónus da prova. Nas prestações de resultado, bastaria ao credor demonstrar a não verificação do resultado para estabelecer o incumprimento do devedor, sendo este que, para se exonerar da responsabilidade, teria que demonstrar que a inexecução é devida a uma causa que não lhe é imputável. Pelo contrário, nas prestações de meios não é suficiente a não verificação do resultado para responsabilizar o devedor, havendo que demonstrar que a sua conduta não correspondeu à diligência a que se tinha vinculado.

Para o Prof. Menezes Leitão, não parece haver base no nosso direito para distinguir entre obrigações de meios e obrigações de resultado. Gomes da Silva, demonstrou o fracasso da distinção argumentando que mesmo nas obrigações de meios existe a vinculação a um fim, que corresponde a um interesse do credor, e que se o fim não é obtido presume-se sempre a culpa do devedor. Efectivamente, em ambos os casos **aquilo a que o devedor se obriga é sempre a uma conduta (a prestação), e o credor visa um resultado, que corresponde ao seu interesse (398º/2)**. Por outro lado, **ao devedor cabe sempre o ónus da prova de que realizou a prestação (342º/2) ou de que a falta de cumprimento não procede de culpa sua (799º), sem o que será sujeito a responsabilidade.**

### Prestações determinadas e prestações indeterminadas

#### Generalidades

Resulta dos arts. 280º e 400º que a prestação, enquanto objecto da obrigação, não necessita de se encontrar determinada no momento da conclusão do negócio, bastando que seja determinável.

Tal permite estabelecer uma distinção entre prestações **determinadas** e prestações indeterminadas. As primeiras são aquelas em que a **prestação se encontra completamente determinada no momento da constituição da obrigação**. As segundas são aquelas em que a determinação da prestação ainda não se encontra realizada, pelo que essa **determinação terá de ocorrer até ao momento do cumprimento**.

As razões para a indeterminação da prestação no momento da conclusão do negócio são várias. Muitas vezes, essa indeterminação resulta de as partes não terem julgado necessário tomar posição sobre o assunto, em virtude de existir regra supletiva aplicável, ou de pretenderem aplicar ao negócio as condições usuais no mercado. Nesse caso a lei remete precisamente para esses critérios, procedendo assim à determinação da prestação por essa via. Esta solução consta do art. 883º, relativo à compra e venda, e do art 1158º, n.º 2, relativo ao mandato, os quais são extensíveis, respectivamente, a outros contratos onerosos de transmissão de bens ou de prestação de serviços pelos arts 939º e 1156º.

Outras vezes, a indeterminação da prestação resulta de as partes terem pretendido conferir a uma delas a faculdade de efectuar essa determinação, porque só essa parte tem os conhecimentos necessários para o poder fazer adequadamente (ex.: se alguém pede a um mecânico para lhe arranjar o automóvel). As partes podem acordar que essa informação seja fornecida à outra antes da celebração do contrato, através da “solicitação prévia do orçamento”. Nesses casos a prestação vem a ser determinada nas negociações.

Quando, porém, essa circunstância não ocorre, tal significa que as partes delegaram numa delas a faculdade de determinar o conteúdo da prestação.

Esta situação vem prevista no art 400º que prevê que a **determinação da prestação pode ser confiada a uma das partes ou terceiro**, mas que, em qualquer caso, deve ser feita segundo juízos de equidade, se outros critérios não tiverem sido estipulados. Por esta norma, se pode concluir que o poder de determinar não é absoluto, havendo que ocorrer uma conformidade à equidade, a qual significa uma adequação ao que é comum nesses contratos e de acordo com as circunstâncias do caso, havendo que se considerar simultaneamente o interesse do credor em relação à prestação e as suas especiais relações económicas.

**Quando as partes ou o terceiro não puderem determinar a prestação, ou não o realizarem no tempo devido, ela deve ser efectuada pelo tribunal (400º/2).**

#### *As obrigações genéricas.*

O art 539º define as obrigações genéricas como aquelas em que o **objecto da prestação se encontra apenas determinado quanto ao género**. Isto significa que a prestação se encontra determinada apenas por referência a uma certa quantidade, peso ou medida de coisas dentro de um género, mas não está ainda concretamente determinado quais os espécimes daquele género que vão servir para o cumprimento da obrigação. Pelo contrário, a **obrigação específica é aquela em que tanto o género como os espécimes da prestação se encontram determinados**.

As obrigações genéricas são bastante comuns no comércio, ocorrendo quase sempre que se efectua uma negociação sobre coisas fungíveis (art. 207º). No entanto, o seu objecto não consiste necessariamente só sobre coisas fungíveis, abarcando as obrigações genéricas as coisas infungíveis, como sucederá na hipótese de alguém se comprometer a entregar um quadro de determinado pintor.

O facto de a obrigação ser genérica implica naturalmente que tenha que ocorrer um processo de individualização dos espécimes dentro do género. É a denominada **escolha** que, nos termos do art 400º pode caber a ambas as partes (credor ou devedor) ou a terceiro. Nos termos do art 539º a regra é a de que **a escolha cabe ao devedor**, referindo o art 542º as **hipóteses excepcionais de a escolha caber ao credor** ou a terceiro. Pergunta-se, se o devedor é absolutamente livre na escolha que faz, podendo escolher por ex. a mercadoria de pior qualidade? Para o Prof. Menezes Leitão, o devedor deve entregar uma coisa de qualidade média. Esta solução resulta do **art 400º que estabelece que a determinação da prestação deve ser realizada segundo juízos de equidade**.

A indeterminação inicial da obrigação genérica coloca o problema da averiguação do **momento em que tem lugar a transferência da propriedade sobre as coisas que vão servir para o cumprimento** da obrigação, o que tem importância para **efeitos de risco, uma vez que a regra é a de que o risco do perecimento de coisa corre por conta do proprietário (art. 796º)**. Ora, na obrigação genérica a transferência da propriedade não pode ocorrer no momento da celebração do contrato, conforme resulta genericamente do art. 408º/1, relativamente às coisas determinadas. Efectivamente, **há sempre que determinar a prestação para se obter a transferência da propriedade, referindo o art. 408º/2, que essa transferência se opera quando a coisa é determinada com conhecimento de ambas**

**as partes.** Só que as obrigações genéricas são exceptuadas desse regime, estando a transferência da propriedade sobre as coisas que servem para o seu cumprimento sujeita a outras regras. Efectivamente, a **transmissão da propriedade ocorre no momento da concentração da obrigação**, quando a obrigação passa de genérica a específica, **não se exigindo que essa concentração seja conhecida de ambas as partes.**

Mas quando é que ocorre a concentração da obrigação? Três teorias:

- a) teoria da escolha/separação, defendida por Thol;
- b) teoria do envio, defendida por Puntchart;
- c) **teoria da entrega, defendida por Jhering;**

A nossa lei consagrou relativamente à concentração das obrigações genéricas por escolha do devedor como regra geral a teoria da entrega de Jhering. Essa solução resulta do art. 540º que, ao referir que enquanto a prestação for possível com coisas do género estipulado não fica o devedor exonerado pelo facto de terem perecido aquelas com que se dispunha a cumprir. Efectivamente, se o devedor continua a ter que entregar coisas do mesmo género, isso significa que a obrigação genérica ainda não se concentrou, pelo que essa **concentração apenas ocorre, regra geral, com o cumprimento**. É esse, também o momento da transferência da propriedade sobre as coisas objecto da obrigação genérica, já que, face ao art. 408º/2, a transmissão da propriedade sobre coisas genéricas exige a sua concentração, que normalmente apenas ocorre mediante a entrega pelo devedor (540º).

A lei admite, porém, no art 541º, **certos casos em que, embora cabendo a escolha ao devedor, a obrigação se concentra antes do cumprimento**. São eles:

- a) O acordo das partes;
- b) O facto de o género se extinguir a ponto de restar apenas uma – ou precisamente a quantidade devida – das coisas nele compreendidas;
- c) O facto de o credor incorrer em mora (813º);
- d) A promessa de envio referida no art. 797º;

No primeiro caso exige-se um acordo entre as partes. Esse **acordo constitui um contrato modificativo da obrigação**, através do qual as partes substituem uma obrigação genérica por uma específica.

No segundo caso, a concentração ocorre por mero facto da natureza, mas não se está perante um desvio da regra do art. 540º, uma vez que, caso as coisas sobranes também desaparecessem, deixaria a prestação de ser possível com coisas do género estipulado, pelo que o **devedor estaria sempre exonerado em virtude da impossibilidade da prestação (art. 790º)**.

O terceiro caso vem previsto no art. 813º. Nessa situação, se o credor, sem motivo justificado, recusa receber a prestação ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação, a lei determina que a obrigação genérica se concentra (art. 541º), pelo **que o risco do perecimento dessas coisas correrá por conta do credor. Nesta situação a obrigação permanece genérica**.

Finalmente, a promessa de envio referida no art. 797º não consiste sequer numa hipótese de concentração da obrigação genérica antes do cumprimento. Efectivamente, esta norma não se refere às dívidas em que o devedor se compromete a levar ou enviar a coisa até ao local do cumprimento, suportando até então o risco de transporte. Refere-se apenas às denominadas dívidas de envio ou

remessa, em que o devedor não se compromete a transportar a coisa para o local do cumprimento, mas apenas a, no local do cumprimento, colocar a coisa num meio de transporte destinado a outro local. Assim, estas obrigações cumprem-se no próprio local do envio ou da remessa, ficando a obrigação extinta nesse momento em virtude do cumprimento. O facto de o credor ainda não ter recebido a prestação é irrelevante, uma vez que, o cumprimento pode ser realizado a terceiro se assim tiver sido estipulado ou consentido pelo credor (770º a)).

Concluimos assim que, no nosso direito, a concentração da obrigação genérica, quando a escolha compete ao devedor, apenas se dá no momento do cumprimento, podendo até lá o devedor revogar escolhas que anteriormente tenha realizado. Tal só não sucederá se tiver perdido a possibilidade material de o fazer ou se a escolha tiver sido aceite, o que significa que as partes por acordo modificaram a obrigação, transformando-a em específica.

Diferentemente se passam as coisas quando a escolha **compete ao credor ou a terceiro**. Nesses casos, a nossa lei adopta plenamente a **teoria da escolha**, referendo o art. 542º que, **uma vez realizada pelo credor ou pelo terceiro, passa a ser irrevogável**. Consequentemente, a **escolha pelo credor ou pelo terceiro concentra imediatamente a obrigação, desde que declarada respectivamente ao devedor ou a ambas as partes**. Se, no entanto, a escolha couber ao credor e este não a fizer dentro do prazo estabelecido ou daquele que para o efeito lhe for fixado pelo devedor, é a este que a escolha passa a competir (542º/2). Naturalmente que nesta situação passam a ser aplicáveis as disposições do art 540º e 541º, como se a escolha coubesse ao devedor desde o início.

#### *As obrigações alternativas. Distinção das obrigações com faculdade alternativa.*

As obrigações alternativas consistem também em modalidades de **prestações indeterminadas, que se caracterizam por existirem duas ou mais prestações de natureza diferente**, mas em que o **devedor se exonera com a mera realização de uma delas que, por escolha, vier a ser designada (543º)**. Á falta de determinação em contrário, a **escolha pertence ao devedor (543º/2), mas pode também competir ao credor ou a terceiro (549º)**. Assim, apesar de existirem duas ou mais prestações, o **devedor tem apenas uma obrigação, e o credor apenas um direito de crédito**.

Nas obrigações alternativas, a escolha tem que se verificar entre uma ou outra prestações, não sendo permitido, mesmo tratando-se de prestações divisíveis, que aquele a quem incumbe a escolha decida realizá-la entre parte de uma prestação ou parte de outra (art. 544º).

Pergunta-se se, à semelhança do que sucede com as obrigações genéricas. Quando a escolha compete ao devedor, a determinação da prestação só ocorrerá no momento do cumprimento? A resposta deverá ser negativa, uma vez que o art 408º/2, exceptua da solução que consagra para a transferência da propriedade sobre coisas indeterminadas o regime das obrigações genéricas, mas não o regime das obrigações alternativas. Em relação a estas é, portanto, a **designação do devedor, desde que conhecida da outra parte, que determina a prestação devida (art 543º e art 548º)**. Ela pode coincidir com a oferta real da prestação, mas também pode ocorrer anteriormente, produzindo efeitos, designadamente para operar a transferência de risco, desde que declarada ao credor. Não é, por isso, permitida ao devedor a posterior revogação da escolha efectuada, uma vez que, **após a**

**realização da escolha, ele só se exonera efectuando a prestação escolhida.** A escolha é igualmente **irrevogável quando compete ao credor ou a terceiro, por força da remissão do art 549º para o art. 542º**

Se, porém, alguma das partes não realizar a escolha no devido tempo, a lei prevê a devolução dessa faculdade à outra parte (542º/2 ex vi do art 549º e art 548º), ainda que sob critérios diferentes.

As obrigações alternativas têm um regime especial em sede de impossibilidade casual, impossibilidade imputável ao devedor e impossibilidade imputável ao credor.

**A impossibilidade casual**, que é aquela que não é imputável a nenhuma das partes, vem referida no art. 545º. Nesse caso, uma vez que a prestação ainda está indeterminada, por não ter ocorrido a escolha, a propriedade sobre qualquer dos objectos da obrigação alternativa ainda não se transmitiu para o credor, pelo que o risco pelo perecimento casual de alguma das prestações corre por conta do devedor. Assim, se o devedor, se comprometeu a entregar ao credor o carro X ou o barco Y e este último naufraga em virtude de um temporal, é o devedor que tem de suportar esse prejuízo, devendo entregar ao credor o carro X. Em virtude da impossibilidade casual ocorre um fenómeno de redução da obrigação alternativa à prestação que ainda seja possível.

Diferentemente se passam as coisas, no entanto, quando a impossibilidade é imputável a alguma das partes. Nesse caso, temos que verificar a quem pertence a escolha, já que a impossibilidade de uma das prestações pode afectar a escolha que a outra parte pretenda fazer, quando esta lhe compete.

O art 546º refere o caso de a impossibilidade ser imputável ao devedor. Neste caso, se a escolha lhe competir, ele deve efectuar uma das prestações possíveis. Se a escolha competir ao **credor, ele pode exigir uma das prestações possíveis, ou exigir indemnização pelos danos de não ter sido realizada a prestação que se tornou impossível, ou resolver o contrato nos termos gerais.** A diferença entre as duas situações reside na circunstância de no primeiro caso a impossibilidade ser causada pela parte a quem compete a escolha, pelo que a faculdade de escolha da outra parte não é afectada. Pelo contrário, na segunda situação, não apenas é afectada uma das prestações, mas também o direito de outra parte a realizar a escolha pelo que a lei em alternativa a indemnização ou a resolução do contrato.

Se a impossibilidade for **imputável ao credor**, aplica-se a situação o disposto no art 547º. Se a escolha pertence ao **credor, considera-se a obrigação como cumprida.** Esta é a solução lógica, pois o devedor não tinha a faculdade de escolher e a atitude do credor, ao impossibilitar culposamente uma das prestações, deve ser equiparada à situação de ele a escolher. Se a escolha pertencer ao devedor, a obrigação também se considera como cumprida, a menos que o devedor prefira realizar outra prestação e ser indemnizado dos danos de que haja sofrido. Neste caso, a atitude do credor implica a impossibilitação da escolha pelo devedor, pelo que se concede ainda a este a alternativa de optar pela indemnização (801º/2).

A lei não resolve, porém, ainda um problema que é o de a impossibilidade ser imputável a uma das partes e a escolha caber a terceiro. Para o Prof. Menezes Leitão, deve-se seguir a ideia do Prof. Menezes Cordeiro que nos diz que, **quando a obrigação se torna impossível, o terceiro perde a faculdade de realizar a escolha, uma vez que ele só pode escolher entre duas prestações possíveis e não entre uma prestação e uma indemnização.** Por esse motivo, se a escolha pertencer

a terceiro e a impossibilidade for imputável ao devedor, deve passar a ser o credor que escolherá entre exigir a prestação possível, a indemnização ou resolução do contrato (art. 546º). Se a escolha pertencer a terceiro e a impossibilidade for imputável ao credor, deverá passar a ser o devedor a escolher entre considerar cumprida a obrigação ou realizar outra prestação, exigindo simultaneamente uma indemnização (art. 547º). Assim, o terceiro só escolhe entre prestações possíveis, passando a escolha a caber às partes, quando se verifica a impossibilidade de uma das prestações.

**As obrigações alternativas representam modalidades de obrigações com prestação indeterminada.** Não se confundem, por isso, com as obrigações com faculdade alternativa (ver ex. do art. 538º), onde a prestação já se encontra determinada, mas se dá ao devedor a faculdade de substituir o objecto da prestação por outro.

Em termos práticos, a diferença de situações reside na posição do credor. Enquanto nas obrigações alternativas, o direito de o credor abrange duas prestações em alternativa, nas **obrigações com faculdade alternativa abrange apenas uma prestação, ainda que a outra parte tenha a faculdade de a substituir.**

#### **. As obrigações pecuniárias**

Obrigação pecuniária – corresponde às obrigações que têm **dinheiro por objecto**, visando proporcionar ao credor o valor que as respectivas espécies monetárias possuam.

Temos então **dois requisitos cumulativos**:

- Se a obrigação tem dinheiro por objecto, mas não visa proporcionar ao credor o valor dele não estamos perante uma obrigação pecuniária (entrega de determinadas moedas e notas, para integrar uma colecção).
- Se a obrigação visar apenas proporcionar ao credor um valor económico (de um determinado objecto ou de uma componente do património) não tendo assim por objecto a entrega de quantias em dinheiro, falar-se-á antes em dívida de valor, a qual se caracteriza por ter objecto um valor fixo, que não sofre alterações em caso de desvalorização da moeda, não suportando assim o credor o risco correspondente. A dívida de valor terá em certo momento, que ser liquidada em dinheiro, pelo que nesse momento se converterá em obrigação pecuniária.

O dinheiro, objecto destas obrigações, assegura na ordem económica simultaneamente as funções:

**-De meio geral de trocas:** advém do facto de o dinheiro, em função do seu poder de compra, ser utilizado para efeitos de aquisição e alienação de bens e serviços.

**- De meio legal de pagamento:** resulta de ser atribuída eficácia liberatória à entrega de espécies monetárias em pagamento das obrigações pecuniárias.

**- De unidade de conta:** resulta de, sendo o valor da moeda relativamente estável, pode ser utilizado como medida do valor dos bens e serviços de qualquer tipo.

Segundo a sistematização do CC, as **obrigações pecuniárias podem subdividir-se em três modalidades:**

### Obrigações de quantidade

Consistem naquelas obrigações que têm por objecto uma quantidade de moeda com curso legal no país. Actualmente é o euro. O seu regime encontra-se no art. 550.º. dele resulta a referência a dois princípios reguladores do regime das obrigações pecuniárias de quantidade:

- Princípio do curso legal: significa que o cumprimento das obrigações pecuniárias se deve realizar com espécies monetárias a que o Estado reconheça função liberatória genérica, cuja aceitação é obrigatória para os particulares. Resulta daqui que a obrigação pecuniária de quantidade tem sempre por objecto uma quantia de unidades monetárias, devendo o cumprimento ser realizado com espécies que tenham curso legal.

Dogmaticamente, as obrigações de quantidade consistem em obrigações genéricas, sujeitas ao regime respectivo, mas o género de referência toma por base todo o universo da moeda com curso legal no país. Daí que nas obrigações pecuniárias seja impossível a extinção do género referida no art. 541.º, não ficando o devedor libertado pelo facto de não possuir dinheiro para efectuar o pagamento, dado que enquanto houver moeda com curso legal subsistir o género acordado para o pagamento.

- Princípio do nominalismo monetário: Visando as obrigações pecuniárias proporcionar ao credor o valor correspondente às espécies monetárias entregues, que possa ser utilizado como meio geral de troca, há que determinar qual o valor a que essas espécies monetárias devem ser referidas. A moeda além do valor nominal, facial ou extrínseco, corresponde à quantidade de bens que pode adquirir (valor de troca interno) ou à quantidade em moeda estrangeira pela qual pode ser trocada (valor de troca externo). Em **períodos de inflação ou deflação, o valor de troca da moeda pode sofrer alterações entre o momento de constituição da obrigação e o momento do cumprimento, levando a que a entrega das espécies monetárias já não tenha correspondência com o valor de troca que a moeda possuía no momento da constituição da obrigação.**

A lei resolve este problema, dando **preferência ao valor nominal da moeda para efeitos do cumprimento** (art. 550.º ao prever que o cumprimento das obrigações pecuniárias se faz pelo **valor nominal da moeda no momento do cumprimento**). É a consagração legal deste princípio. Como consequência temos que uma ob. pecuniária de longo prazo acarreta o risco de desvalorização da moeda, com a inerente perda do seu poder de compra, e que esse risco é suportado pelo credor, já que o devedor se libera com a simples entrega da quantia monetária convencionada.

Excepções:

- Possibilidade das partes convencionarem coisa diferente (art. 550.º como supletivo). As partes podem estipular formas de actualização da prestação de que é exemplo a convenção de rendas escalonadas (art. 78.º, n.º2 do R.A.U.).

- a lei vem prever a actualização das obrigações pecuniárias, o que acontece normalmente nas situações de prestações periódicas (renda no arrendamento urbano – art. 32.º do R.A.U. – obs. De alimentos – art. 2012.º).

O art. 551.º determina que, «quando a lei permitir a actualização das prestações pecuniárias, por virtude das flutuações do valor da moeda, atender-se-á, na falta de outro critério legal, aos índices dos preços, de modo a restabelecer, entre a prestação e a quantidade de mercadorias a que equivale, a relação existente na data em que a obrigação se constituiu». Adopta-se preferencialmente o critério do índice de preços, para efeitos de actualização das obrigações pecuniárias, quando esta é legalmente permitida. No caso de actualização convencional das obrigações pecuniárias, caberá às partes fixar o critério de actualização.

#### Obrigações em moeda específica

Correspondem a situações em que a ob. pecuniária é convencionalmente limitada a espécies metálicas ou ao valor delas, afastando-se assim por via contratual a possibilidade do pagamento em notas. O legislador, apesar do já referido princípio do curso legal não excluiu a possibilidade de as partes convencionarem que o cumprimento se fará em moeda específica (art. 552.º), o que permite assegurar a validade destas cláusulas, sempre que a lei não as proíba.

Apesar de raras as obrigações em moeda específica podem desempenhar a função de defesa das partes contra a desvalorização da moeda. As moedas metálicas possuem além do valor facial ou extrínseco, e do valor de troca, um valor intrínseco, correspondente ao das ligas metálicas de que são compostas. Assim, sempre que haja desvalorização do valor facial da moeda, o seu valor intrínseco tem tendência a não ser modificado, o que permite que nas moedas metálicas o risco da desvalorização seja menor do que nas tocas de banco.

O legislador distingue, no art. 552.º, duas modalidades em função de ter sido ou não estipulado igualmente um quantitativo expresso em moeda corrente:

- Obrigação em certa espécie monetária: se for estipulado um quantitativo expresso em moeda corrente, considera-se que a obrigação tem que ser efectuada na espécie monetária estipulada, desde que ela exista, ainda que tenha variado de valor após a data em que a obrigação foi constituída (art. 553.º)

- Obrigação em valor de uma espécie monetária: se for estipulado um quantitativo expresso em moeda corrente, a estipulação do pagamento em moeda específica, é considerada apenas como pretendendo estabelecer uma vinculação ao valor corrente que a moeda ou moedas do metal escolhido tinham à data da estipulação (art. 554.º).

#### Obrigações em moeda estrangeira

As obrigações em moeda estrangeira ou obrigações valutárias são aquelas em que a prestação é estipulada em relação a espécies monetárias que têm curso legal apenas no estrangeiro. Essa estipulação é comum, sempre que as partes pretendam acautelar-se contra uma eventual desvalorização da moeda europeia ou especular com a eventual subida de valor da moeda estrangeira.

A doutrina distingue entre:

- Obrigações valutárias próprias ou puras: verifica-se que o próprio cumprimento da obrigação só pode ser realizado em moeda estrangeira, não podendo o credor exigir o pagamento em moeda nacional nem o devedor entregar esta moeda.

- Obrigações valutárias impróprias ou impróprias: a estipulação da moeda estrangeira funciona apenas como unidade de referência para determinar, através do câmbio de determinada data, a quantidade de moeda nacional devida. Nesse caso, o cumprimento terá obrigatoriamente que ser realizado em moeda nacional.

O art. 558.º vem consagrar a título supletivo uma categoria de obrigações valutárias intermédia em relação a esta bipartição:

- Obrigação valutária mista: consiste na situação de ser estipulado o cumprimento em espécies monetárias que possuem curso legal apenas no estrangeiro, mas admitir-se a possibilidade de o devedor realizar o pagamento na moeda nacional com base no câmbio da data de cumprimento. Esta possibilidade é, no entanto, restrita ao devedor, constituindo, por isso, uma obrigação com faculdade alternativa, já que o credor apenas pode exigir o cumprimento na moeda estipulada.

Se o credor entrar em mora, o devedor tem ainda a opção de realizar o cumprimento de acordo com o câmbio da data em que a mora se deu (art. 558.º, n.º2), sendo-lhe assim conferida a possibilidade de por essa via impedir a aplicação da diferença cambial desfavorável que poderia resultar da mora do credor. Se essa diferença cambial for favorável, naturalmente que o devedor não é obrigado a fazer essa opção, uma vez que o credor deve suportar todas as consequências da sua mora, mesmo as que se traduzam num benefício para o devedor.

A lei não regula, porém, o caso simétrico de ser o devedor a entrar em mora neste tipo de obrigações. Nesse caso, por força do art. 804.º, n.º 2, caberá ao devedor indemnizar o credor por todos os prejuízos sofridos, devendo a indemnização abranger não apenas a eventual diferença cambial desfavorável, mas também os correspondentes juros de mora. Naturalmente que os juros de mora não poderão ser calculados com base nos juros legais portugueses, uma vez que a disposição do art. 806.º, n.º2, não se aplica às obrigações valutárias. Deverá antes aplicar-se a taxa legal da moeda em causa ou a taxa de mercado, quando esta não exista, não ficando o credor impedido de reclamar danos superiores.

### . Obrigações de juros

Obrigações de juros – correspondem a uma modalidade específica de obrigações, as quais se caracterizam por corresponderem à **remuneração da cedência ou do diferimento da entrega de coisas fungíveis (capital) por um certo lapso de tempo.**

A obrigação de juros pressupõe assim uma **obrigação de capital**, sem a qual não se pode constituir e tem o seu **conteúdo e extensão delimitados em função do tempo**, sendo, por isso, uma **prestação duradoura periódica**. Por esse motivo, a lei caracteriza os juros como **frutos civis (art. 212.º, n.º2)** uma vez que são frutos das coisas fungíveis, **produzidos periodicamente em virtude de uma relação jurídica.**

Essa relação jurídica, neste caso, consiste na cedência das coisas fungíveis com obrigação de restituição de outro do mesmo género ou no diferimento da sua entrega, sendo o juro calculado em função do lapso de tempo correspondente à utilização do capital. Os juros representam assim uma prestação devida como consequência ou indemnização pela privação temporária de uma quantidade de coisas fungíveis denominada capital e pelo risco de reembolso desta.

A obrigação de juros aparece como uma obrigação que se constitui tendo como referência uma outra obrigação e constitui economicamente um rendimento desse mesmo capital. São duas obrigações distintas, já que, **a partir do momento em que se constitui, o crédito de juros adquire autonomia em relação ao crédito de capital, podendo qualquer deles ser cedido ou extinguir-se sem o outro (art. 561.º)**

Relativamente aos juros é possível distinguir entre:

- **Juros legais:** encontram-se no art. 559.º, n.º1 que remete a fixação da taxa para diploma avulso, e são aqueles que são aplicáveis sempre que haja normas legais que determinem a atribuição de juros em consequência do diferenciamento na realização de uma prestação (art. 806.º), funcionamento ainda supletivamente sempre que as partes estipulem a atribuição de juros sem determinarem a sua taxa ou quantitativo (art. 559.º, n.º1).
- **Juros convencionais:** são aqueles em que a sua taxa ou quantitativo é **estipulado pelas partes**. A lei coloca **limites à liberdade de estipulação** das partes nesta sede, prevendo no art. 1146.º **a qualificação como usuários de quaisquer juros anuais que excedam os juros legais acima de 3% ou 5%, conforme exista ou não garantia real, sendo esta regra estendível a todas as obrigações de juros (art. 559.º-A)**. As partes estão impedidas de estipular juros que ultrapassem esses limites e, caso o façam, a lei determina, em derrogação ao art. 292.º, a fixação dos juros nesses montantes máximos, ainda que tivesse sido outra a vontade das contraentes.

Podemos ainda distinguir em:

- **Juros remuneratórios:** têm uma finalidade remuneratória, correspondente ao preço do empréstimo do dinheiro. O credor priva-se do capital por tê-lo cedido ao devedor por meio de mútuo, exigindo uma remuneração por essa cedência (art. 1145.º, n.º1).
- **Juros compensatórios:** destinam-se a proporcionar ao credor um pagamento que compense uma temporária privação de capital, que ele não deveria ter suportado (arts. 480.º e 1167.º).
- **Juros moratórios:** têm natureza indemnizatória de danos causados pela mora, visando recompensar o credor pelos prejuízos sofridos em função da mora (art. 806.º).
- **Juros indemnizatórios:** destinam-se a indemnizar os danos sofridos por outro facto praticado pelo devedor (maxime, o incumprimento da obrigação).

Uma das regras importantes relativas à obrigação de juros é a **proibição do anatocismo**, ou seja, da **cobrança de juros sobre juros**, uma vez que essa cobrança poderia ser forma de indirectamente violar a proibição da cobrança de juros usuários. A lei consagra a regra que o juro não vence o juro, a menos que haja convenção posterior ao vencimento, ou seja efectuada uma notificação judicial ao devedor para capitalizar os juros ou proceder ao seu pagamento, sob pena de capitalização (art. 560.º, n.º1). Só nesses dois casos há lugar à capitalização de juros e só podem ser capitalizados os juros

correspondentes a um período mínimo de um ano (art. 560.º, n.º2). A lei determina ainda que não são aplicáveis estas restrições, se forem contrárias a regras ou usos particulares do comércio (560.º, n.º3).

## **. Indeterminação e pluralidade de partes na relação obrigacional**

### **. A indeterminação do credor na relação obrigacional**

Uma situação específica que pode ocorrer nas obrigações diz respeito à possibilidade de indeterminação do credor. Efectivamente, o art 511.º vem-nos referir que o **credor pode não ficar determinado no momento em que a obrigação é constituída**, embora deva ser determinável, sob pena de ser nulo o negócio jurídico de que resulta a obrigação. No entanto, o **devedor é obrigatoriamente determinado logo no momento em que a obrigação é constituída**.

A indeterminação temporária do credor pode resultar de:

- Se aguardar a verificação de um determinado facto futuro e incerto. Um exemplo desta situação é a **promessa pública referida no art. 459.º** (na hipótese de alguém oferecer 100 euros a quem encontrar o objecto x, já existe uma obrigação constituída, mas a determinação da pessoa do credor fica dependente da verificação desse facto).
- A ligação entre o credor e a relação obrigacional se apresentar como indirecta ou mediata, sendo essa qualidade determinada através de uma relação de natureza diferente (a posse ou a propriedade de uma coisa). Um exemplo consiste nos títulos ao portador, como bilhetes de lotaria ou os cheques ao portador (art. 5.º da LUC), e os títulos à ordem, como as letras, livranças e os cheques à ordem, em virtude da possibilidade do seu endosso (art. 11 e 77.º da LULL e art. 14.º da LUC), onde já está constituída a obrigação constante do título, ainda que a pessoa do credor apenas seja determinada em função da posse do título.

Em ambos os casos, aquando da constituição da obrigação, não se sabe quem virá a ser o seu credor da obrigação, embora este seja determinável. Atenta a relevância desta circunstância no regime da relação obrigacional, justifica-se reconhecer as obrigações de credor indeterminado como categoria autónoma.

### **. A pluralidade de partes na relação obrigacional**

Este critério reside no número de sujeitos que participa na relação obrigacional. De acordo com a definição do art. 397.º, a obrigação é o vínculo jurídico pelo qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação (obrigação singular) **C→D**. Mas a obrigação pode constituir-se abrangendo uma vinculação de várias pessoas para com outra – **pluralidade passiva - DDD→C** ou uma vinculação de uma pessoa para com outras – **pluralidade activa - D→CCC**. Em todas estas situações o objecto da obrigação pode ser o mesmo, mas varia o número de pessoas que se vincula a esse comportamento ou que tem o direito de o exigir.

Exemplos:

- A compromete-se a entregar a B 900\$ (Obrigação singular).

- A, B e C obrigam-se perante D a entregar 900\$ (obrigação plural passiva).
- A obriga-se simultaneamente perante D, E e F a entregar 900\$ (obrigação plural activa).
- A, B e C comprometem-se a entregar 900\$ a D, E e F (obrigação plural mista).

### . As obrigações conjuntas ou parciárias

Nesta modalidade de obrigações, cada um dos **devedores** só está vinculado a prestar ao credor ou credores **a sua parte na prestação** e cada um dos **credores só pode exigir do devedor ou devedores a parte que lhe cabe**. A prestação é assim realizada por partes, prestando cada um dos devedores a parte a que se vinculou e não recebendo cada um dos credores mais do que aquilo que lhe compete.

Exemplos:

A cada sujeito cabe uma parte idêntica à dos outros na relação obrigacional:

- A, B e C obrigam-se a entregar a D 900\$, D apenas pode exigir de A que lhe entregue 300\$, e não a totalidade da prestação.
- A obrigou-se perante D, E e F a entregar 900\$, D poderá exigir de A a sua parte no crédito 300\$.
- A, B e C comprometem-se a entregar simultaneamente perante D, E e F 900\$, D poderá exigir de A apenas 100\$, ou seja, a parte que A lhe deve, já não pode exigir de A, nem o que os outros devedores lhe devem, nem o que A deve aos outros credores. Explicando melhor: D, E e F, tem o direito a receber 300\$ cada um, sendo que A, B e C estão obrigados a entregar 100\$ em cada série de 300\$.

### . Obrigações solidárias

As obrigações solidárias encontram-se previstas nos arts. **512.º e ss:**

- **Solidariedade passiva:** Qualquer um dos **devedores está obrigado perante o credor a realizar a prestação integral**. A realização da prestação integral por um dos devedores **libera todos os outros devedores em relação ao credor (art. 512.º)**, adquirindo depois aquele devedor um **direito de regresso sobre os outros devedores para exigir a parte que lhes compete na obrigação (art. 524.º)**. Exemplo: A, B e C obrigam-se a entregar a D 900\$, D poderá exigir de A não apenas a sua parte (300\$) mas a totalidade, podendo depois A exigir de B e C que lhe entreguem cada um 300\$.
- **Solidariedade activa:** qualquer um dos credores poder exigir do devedor a prestação integral. A realização integral da prestação por dos credores libera o devedor no confronto com todos os credores (art. 512.º), embora o credor que recebeu mais do que lhe compete esteja obrigado a satisfazer aos outros a parte que lhes cabe no crédito comum (art. 533.º). Exemplo: A obrigou-se perante D, E e F a entregar 900\$, D poderá exigir de A não apenas a sua parte mas a totalidade, ficando depois obrigado a entregar 300\$ a E e 300 a F.
- **Solidariedade mista:** qualquer um dos credores pode exigir a qualquer um dos devedores a prestação devida por todos os credores. Concorrem simultaneamente as duas situações, pelo que a realização integral da prestação por um dos devedores a um dos credores libera todos os devedores em relação a todos os credores. Neste caso, o devedor que realizou a prestação tem o direito de regresso sobre os outros devedores pela parte que a estes compete e o credor que recebeu a prestação está obrigado a

entregar aos restantes credores a parte que a estes compete. Exemplo: A, B e C comprometem-se simultaneamente perante D, F e E a entregar 900\$, D poderá exigir de A a entrega dos 900\$, tendo depois A direito de exigir de B e C a parte que a estes cabe e ficando D obrigado a entregar a E e a F a parte que a estes cabe.

Características da solidariedade:

- Identidade da prestação em relação a todos os sujeitos da obrigação.
- Extensão integral do dever de prestar ou do direito à prestação em relação respectivamente a todos os devedores ou credores.
- Efeito extintivo comum da obrigação caso se verifique a realização do cumprimento por um ou apenas a um deles.

Perante um caso de pluralidade de sujeitos na relação obrigacional, deveremos aplicar o regime da solidariedade ou o da conjunção? A regra consagrada no art. 513.º é a de que a **solidariedade de devedores ou credores só existe quando resulte da lei ou da vontade das partes**. A regra é portanto a da **conjunção**.

Há certos casos em que a lei manda aplicar o regime da solidariedade passiva (art. 100.º do Cód. Comercial). A mesma solidariedade passiva é consagrada no caso de haver pluralidade de gestores (art. 467.º) ou pluralidade de responsáveis pelo dano (art. 497.º e 507.º), pluralidade de fiadores (art. 649.º), pluralidade de comodatários (art. 1139.º) e pluralidade demandantes (art. 1169.º). Quanto à solidariedade activa são praticamente inexistentes os casos que a lei consagra.

### **. O regime da solidariedade passiva**

A solidariedade passiva tem diversas consequências em termos de regime, as quais podem ser separadamente analisadas no âmbito das relações entre o **credor e os diversos devedores (relações externas)** ou no âmbito das relações dos diversos **devedores entre si (relações internas)**.

#### **. A) Nas relações externas**

No âmbito das relações externas, em relação ao credor, a solidariedade caracteriza-se por uma **maior eficácia do seu direito, que se pode exercer integralmente contra qualquer um dos devedores (art. 512.º, n.º1 e 519.º, n.º1)**, não podendo estes, **uma vez demandados pela totalidade da dívida, vir invocar o benefício da divisão (art. 518.º)**, tendo assim que satisfazer a prestação integral. Essa maior eficácia não se traduz na possibilidade de o credor repetir sucessivamente a pretensão perante os vários devedores, uma vez que a exigência da totalidade ou da parte da prestação a um dos devedores impede o credor de exercer nessa parte o seu direito contra os restantes, excepto se houver razão atendível, como a insolvência ou o risco de insolvência do demandado (art. 519.º, n.º1). Se um dos devedores opõe eficazmente ao credor um meio de defesa pessoal, continua ele a poder reclamar dos outros a prestação integral (519º/2). O credor pode, no entanto, optar por demandar conjuntamente todos os devedores, caso em que renuncia à solidariedade (art. 517.º). É ainda admitida a possibilidade de o credor renunciar à

solidariedade apenas a favor de algum dos devedores, caso em que conserva o direito à prestação por inteiro sobre os restantes (art. 527.º).

Em relação aos devedores, a solidariedade caracteriza-se pelo facto de a satisfação do direito do credor, por cumprimento, novação, consignação em depósito ou compensação, mesmo que desencadeada apenas por um dos devedores, exonerar igualmente os restantes (art. 523.º). Outras causas de extinção da obrigação, que incidirem sobre a totalidade da dívida, **como a impossibilidade objectiva da prestação sobre a totalidade da dívida, como a impossibilidade objectiva da prestação (790.º)** exoneram naturalmente todos os devedores. Se a dívida se extinguir apenas em relação a um dos devedores, como sucede na remissão concedida a apenas um dos obrigados (art. 864.º, n.º1), ou na confusão com a dívida deste (art. 869.º, n.º1), dá-se uma extinção parcial da obrigação limitada à parte daquele devedor. Já **se a prestação vier a ser não cumprida por facto imputável a um dos devedores, todos eles são responsáveis pelo seu valor, mas só o devedor ou os devedores a quem o facto é imputável respondem pelos danos acima desse valor (art. 520.º)**. Em relação aos meios de defesa, o devedor, uma vez demandado pode opor ao credor os meios de defesa que lhe são próprios e os que são comuns aos outros devedores, mas não pode utilizar meios de defesa dos outros devedores (art. 514.º, n.º1).

#### **. B) Nas relações internas**

Nas relações entre os devedores, a solidariedade caracteriza-se pelo facto de o devedor que satisfizer a prestação acima da parte que lhe competir adquirir um direito de regresso sobre os outros devedores, pela parte que a estes compete (art. 524.º). o direito do regresso do devedor que realizou a prestação é limitado à parte de cada um dos outros devedores na obrigação comum, não se estendendo, o regime da solidariedade às relações internas. No entanto, **o devedor que pagou não suporta integralmente o risco de insolvência ou de impossibilidade subjectiva de cumprimento de cada um dos devedores, já que a lei prevê que nesses casos a quota-parte do devedor que não cumpra é dividida pelos restantes, incluindo o credor de regresso e os devedores que pelo credor hajam sido exonerados da obrigação ou do vínculo de solidariedade (art. 526.º, n.º1)**. Esse benefício de repartição deixa de aproveitar ao credor de regresso, se foi por negligência sua que não lhe foi possível cobrar a parte do seu condevedor na obrigação solidária (art. 526.º, n.º2).

Os meios de defesa que cada um dos condevedores possuía em relação ao cumprimento da obrigação, quer sejam comuns, quer pessoais do demandado, podem ser igualmente opostos ao credor de regresso (art. 525.º, n.º1), a menos que não tivesse sido oportunamente utilizado por culpa desse devedor (art. 525.º, n.º2). Especificamente quanto à prescrição, esta não é oponível ao credor de regresso se, por não ter ela ainda decorrido em relação a ele, este vier a ser obrigado a cumprir a obrigação, apesar de prescritas as obrigações dos outros condevedores (art. 521.º, n.º1), mas já lhe será oponível se o cumprimento da obrigação se verificou apenas em virtude de ele não ter invocado a prescrição (art. 521.º, n.º2).

#### **. O regime da solidariedade activa**

Analiseemos separadamente a relação entre os diversos **credores e o devedor (relações externas)** e as relações dos diversos **credores entre si (relações internas)**.

#### **. A) Nas relações externas**

Relativamente às relações externas, a solidariedade activa caracteriza-se, em relação aos credores, pela circunstância de apenas um deles poder exigir, por si só, a prestação integral, liberando-se o devedor perante todos com a realização da prestação a qualquer um dos credores (art. 512.º, n.º1). O devedor pode, aliás, escolher o credor solidário a quem realiza a prestação, enquanto não tiver sido judicialmente citado por um credor cujo crédito se encontre vencido (art. 528.º, n.º1). Neste último caso, deve realizar a prestação integral a esse credor, excepto se a solidariedade activa tiver sido estabelecida em seu favor (art. 528.º, n.º2). Os credores solidários podem optar por demandar conjuntamente o devedor, podendo este igualmente demandar conjuntamente os seus credores (art. 517.º, n.º2).

Em relação ao devedor, a solidariedade caracteriza-se pelo facto de a satisfação do direito de um dos credores, por cumprimento, dação em cumprimento, inovação, consignação em depósito ou compensação, exonerando igualmente o devedor perante os restantes (art. 532.º). Outras causas de extinção da obrigação, que incidirem sobre a totalidade da dívida, como a impossibilidade objectiva da prestação (art. 790.º) exoneram naturalmente o devedor perante todos os credores. Se a dívida se extinguir apenas em relação a um dos credores (por ex: 864.º, n.º3 ou 869.º, n.º2), dá-se uma extinção parcial do crédito limitada à parte daquele credor. Já se a prestação vier a ser não cumprida por facto imputável ao devedor a solidariedade mantém-se em relação ao crédito da indemnização (art. 529.º, n.º1). Se a impossibilidade da prestação for imputável a um dos credores, fica o devedor exonerado, mas o credor solidário é obrigado a indemnizar pelos restantes credores (art. 529.º, n.º2). Em relação aos meios de defesa, o devedor, uma vez demandado, pode opor ao credor solidário os meios de defesa que lhe respeitem e os que são comuns aos outros credores, mas não pode utilizar meios de defesa que respeitem exclusivamente a outros credores (art. 514.º, n.º2).

#### **. B) Nas relações internas**

Nas relações entre os credores, a solidariedade activa caracteriza-se pelo facto de o credor cujo direito foi satisfeito além da parte que lhe competia na relação ter a obrigação de satisfazer aos outros a parte que lhes cabe no crédito comum (art. 533.º). Existe assim como que um direito de regresso activo dos outros credores sobre o credor que recebeu a prestação.

Em princípio, a lei presume que são iguais as partes dos credores na obrigação solidária (art. 516.º), pelo que a obrigação de regresso será cumprida em partes iguais. Pode, porém, acontecer que os credores sejam titulares em termos diferentes, caso em que o regresso tomará em linha de conta essa diferente repartição, ou que só um dos credores tenha o benefício do crédito. Neste último caso, apenas esse credor poderá exercer o direito de regresso, o qual será pela totalidade, se a prestação for realizada a outro credor, ou será excluído, se a prestação lhe for realizada a ele próprio.

## . As obrigações plurais indivisíveis

A referência que fizemos às obrigações conjuntas pressupõe a divisibilidade da prestação, já que, se a prestação fosse indivisível, não seria possível exigir apenas uma parte a um dos devedores, sem prejuízo para o interesse do credor. Haverá, portanto, que averiguar o que sucede quando a prestação é indivisível, o que nos remete para o exame de categoria das obrigações plurais indivisíveis.

Neste sede, rege o disposto no **art.535.º**, que dispõe: «se a prestação for indivisível e vários os devedores, **só de todos eles pode o credor exigir o cumprimento da obrigação, salvo se tiver sido estipulada a solidariedade, ou esta resultar da lei**». Por exemplo: A, B e C comprometem-se a entregar um automóvel a D, o credor não pode exigir apenas de um deles a realização de uma parte da prestação, uma vez que isso destruiria o objecto da prestação. Se tiver sido estipulada a solidariedade já será permitido a D exigir apenas de A a entrega do automóvel.

As obrigações indivisíveis com pluralidade de devedores apresentam um regime especial em vários pontos:

- Situação da extinção da obrigação em relação a alguns obrigados. A lei refere que se se verificar a extinção da obrigação em relação a algum ou alguns dos devedores, o credor não fica inibido de exigir a prestação dos restantes obrigados, contando que lhes entregue o valor da parte que cabia ao devedor ou devedores exonerados (art. 536.º). Esta solução é desnecessariamente repetida em relação a duas causas de extinção das obrigações: a remissão e a confusão (arts. 865.º, n.º1 e 870.º, n.º1). Assim, apesar da referida indivisibilidade da prestação, o facto de ela se extinguir em relação a algum ou alguns dos devedores não acarreta necessariamente a sua extinção integral, sendo admitido um acréscimo da responsabilidade dos restantes obrigados, desde que seja previamente compensado por uma contra-prestação de entrega do valor da parte do devedor ou devedores exonerados.

- **Questão da impossibilidade da prestação por facto imputável a algum ou alguns dos devedores.** Neste caso, a lei dispõe que os outros ficam exonerados (**art. 537.º**). O regime compreende-se, uma vez que se apenas um dos devedores impossibilita a prestação (destrói culposamente o automóvel), só ele deverá ser sujeito à indemnização por impossibilidade culposa (art. **801.º, n.º1**). Em relação aos outros, a impossibilidade deriva de uma causa que lhes não é imputável, pelo que deverão ver extinta a sua obrigação (**art. 790.º**).

Se a obrigação for indivisível com pluralidade de credores, a lei refere que qualquer deles tem o direito de exigir a prestação por inteiro, mas que o devedor, enquanto não for judicialmente citado, só relativamente a todos os credores em conjunto se pode exonerar (art. 538.º).

Este regime significa que a citação judicial do devedor por um dos credores transforma a obrigação conjunta em solidária. A lei não refere, neste caso, a possibilidade de extinção da obrigação em relação a algum ou alguns dos credores, mas parece que, neste caso, a solução não pode ser diferente da que resulta da aplicação analógica do art. 536.º. Os restantes credores só podem exigir a prestação do devedor se lhe entregarem o valor da parte que cabia à parte do crédito que se extinguiu. Esta solução está expressamente prevista em sede de remissão e confusão (arts. 865.º, n.º2 e 870., n.º2).

**. Outras modalidades de obrigações plurais (Prof. não deu na aula teórica – disse que se calhar podiam falar nas aulas práticas)**

*Obrigações correatis* – caracterizar-se-iam por, embora havendo uma pluralidade de devedores ou de credores, quer a obrigação quer o direito de crédito se apresentarem como unos, pelo que, ao contrário do que sucede nas obrigações plurais acima referidas, o crédito não se pode extinguir apenas em relação a um dos devedores, ou a um dos credores, extinguindo-se antes globalmente sempre que corra uma circunstância extintiva que afecte um dos sujeitos da obrigação.

*Obrigações disjuntivas* – correspondem a obrigações de sujeito alternativo, ou seja, em que existe uma pluralidade devedores ou credores, mas apenas um virá, por escolha, a ser designado sujeito da relação obrigacional. Ao contrário do que sucede nas obrigações alternativas, a escolha não se coloca neste caso em relação a várias prestações, mas em relação aos sujeitos da obrigação, vindo posteriormente um de entre vários, a ser designado como devedor ou credor.

*Obrigações em mão comum* – correspondem a situações, em que apesar de ocorrer uma pluralidade de partes na relação obrigacional, essa pluralidade resulta da pertença da obrigação a um património de mão comum, autonomizado do restante património das partes, o que leva a que o vínculo se estabeleça de uma forma colectiva, onerando o conjunto de devedores com o dever de prestar ou o conjunto de credores com o direito à prestação. Estará neste caso a situação da herança indivisa (art. 2097.º) e da comunhão conjugal de bens (art. 1695.º).

## **Secção I – CLASSIFICAÇÃO DAS FONTES DAS OBRIGAÇÕES**

### **. As diversas classificações de fontes das obrigações**

A obrigação (art 397º) constitui um efeito jurídico. Ora, qualquer efeito jurídico tem sempre na sua origem um facto que o desencadeia (facto jurídico). Relativamente à obrigação, as categorias de factos jurídicos que produzem a constituição do vínculo obrigacional são denominadas na doutrina por fonte das obrigações.

Resultado da heterogeneidade de situações abrangidas pelo Direito das Obrigações, existe uma grande dificuldade de elaboração de uma classificação de fontes das obrigações.

O nosso Código apresenta uma mera enumeração das **fontes das obrigações nos arts 405º e ss.:**

- 1) Contratos (art 405º e ss.);
- 2) Negócios unilaterais (art 457º e ss.);
- 3) Gestão de negócios (art 464º e ss.);
- 4) Enriquecimento sem causa (art 473º e ss.);
- 5) Responsabilidade Civil (arts 483º e ss.);

Os contratos consistem em negócios jurídicos bilaterais, através dos quais as partes por acordo, e no exercício da sua autonomia privada, estabelecem por si próprias comandos juridicamente vinculantes, entre os quais se incluem as relações jurídicas obrigacionais (405º e ss.). Excepcionalmente, porém, as obrigações podem ainda resultar de negócios jurídicos unilaterais, onde apenas uma das partes, no

exercício da sua autonomia privada, estabelece para si uma autovinculação através da constituição de uma relação jurídica obrigacional (457°).

Fora do campo do exercício da autonomia privada, verificam-se igualmente fenómenos que dão origem à constituição de obrigações, as quais nesse caso não resultam de negócios jurídicos. São as denominadas **relações obrigacionais legais**. Estas consistem em situações em que a lei atribui determinados pressupostos de facto o efeito jurídico da constituição de uma obrigação.

Entre estas situam-se as fontes da denominada obrigação **de indemnização (responsabilidade civil – 562°)**. Neste cabe, a responsabilidade delitual, onde alguém através de uma conduta ilícita e culposa causa danos em bens juridicamente protegidos de outrem (483° e ss.) e a responsabilidade obrigacional, quando alguém causa danos a outrem através da violação do vínculo obrigacional (798° e ss.) havendo também situações intermédias, que não se deixam integrar neste categoria (responsabilidade pré-contratual 227°; ou 466°). Admite-se ainda que a obrigação de indemnização também possa derivar, não de factos lícitos e culposos, mas antes de previsões de risco específicas (responsabilidade pelo risco – 499°). Finalmente, a obrigação de indemnização pode derivar de a lei atribuir, como contrapartida da autorização conferida a alguém para sacrificar bens juridicamente protegidos de outrem uma indemnização pelo prejuízo sofrido (responsabilidade por factos lícitos ou pelo sacrifício – art 81°/2 e 339°/2).

Existem ainda relações obrigacionais legais, como a gestão de negócios (464° e ss.) e o enriquecimento sem causa (473° e ss.). No primeiro caso, a lei regula a situação específica de alguém ter decidido efectuar determinada actividade por conta e no interesse de outrem, sem para tal estar autorizado, através da imposição de obrigações específicas para aquele assegurar a adequada tutela dos interesses do dono do negócio, e a este último, para compensar o primeiro das despesas e prejuízos que suportou. No segundo caso, a lei acolhe como fonte das obrigações um princípio geral de direito de proibição do enriquecimento injustificado à custa de outrem, cuja restituição manda realizar (473°/1).

Para Prof. Menezes Leitão deverá adoptar-se o seguinte esquema de sistematização das fontes de obrigações:

- 1) Fontes das obrigações baseadas no princípio da autonomia privada:
  - a) Contratos;
  - b) Negócios unilaterais;
- 2) Fontes das obrigações baseadas no princípio do ressarcimento dos danos:
  - a) Responsabilidade por factos ilícitos:
    - Responsabilidade delitual;
    - Responsabilidade obrigacional;
    - A “terceira via” na responsabilidade civil;
  - b) Responsabilidade pelo risco;
  - c) Responsabilidade pelo sacrifício;
- 3) Fontes das obrigações baseadas no princípio da enriquecimento injustificado:
  - a) Enriquecimento por prestação;
  - b) Enriquecimento por intervenção;
  - c) Enriquecimento pela realização de despesas de que outrem beneficia;

- d) Enriquecimento por desconsideração de património;
- 4) Situações específicas de fontes de obrigações não baseadas em princípios gerais:
  - a) Gestão de Negócios;
  - b) Relações contratuais de facto;
  - c) Outras situações de facto;

## Secção II – FONTES DAS OBRIGAÇÕES BASEADAS NO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

### . O Contrato (generalidades)

Os negócios jurídicos costumam ser distinguidos em unilaterais, que são os que possuem apenas uma parte, e contratos, que são os que possuem duas ou mais partes. Normalmente, o contrato possui apenas duas partes, e por isso, é designado de negócio jurídico bilateral (quando tenha mais de duas partes, designa-se por multilateral).

Entende-se por **parte**, não uma pessoa, mas antes o **titular de um interesse**, o que poderia implicar que duas ou mais pessoas constituíssem uma única parte, quando tivessem interesses comuns.

Para o Prof. Menezes Leitão, devemos distinguir o **negócio unilateral do contrato através do critério da necessidade de uma declaração ou duas**. No negócio unilateral há apenas uma única declaração negocial, da qual resultam todos os efeitos jurídicos estipulados, independente de ter um único autor ou vários. Por sua vez, o contrato é o resultado de duas ou mais declarações negociais contrapostas, mas integralmente concordantes entre si, de onde resulta uma **unitária estipulação de efeitos jurídicos**. Consequentemente, os contratos pressupõem sempre uma proposta e a sua aceitação, das quais deve resultar o mútuo consenso sobre todas as cláusulas sobre as quais uma das partes julgue necessário o acordo.

### Modalidades de contratos

#### *Classificação dos contratos quanto à forma*

No art. 219º do CC encontra-se consagrado o denominado princípio do consensualismo que refere que “a validade da declaração negocial depende da observância de forma especial, salvo quando a lei o exigir”. Desta norma resulta que o princípio geral é o da desnecessidade de qualquer forma especial para a celebração do contrato, admitindo-se que as declarações das partes podem ser exteriorizadas por qualquer meio. São por esse motivo excepcionais todas as disposições que exigem, sob pena de nulidade, a adopção de uma forma especial para a declaração negocial (220º), o que tem como consequência a proibição da sua aplicação analógica (art 11º).

A exigência, em certos casos, de uma forma especial para a validade da declaração negocial leva a distinguir entre contratos formais e não formais. São formais os contratos em que a declaração negocial

só pode ser exteriorizada por uma determinada forma prevista na lei (escritura pública ou particular). São não formais aqueles contratos em que a declaração negocial pode ser exteriorizada por qualquer meio, incluindo a oralidade. Como exemplo de contratos em que é exigida escritura pública, temos os contratos de alienação de imóveis (875.º, 947.º) e o mútuo, quando superior a 20.000 Euros (1143.º).

### **. Quanto ao modo de formação**

Deve ainda distinguir-se, quanto ao seu modo de formação, entre contratos reais *quoad constitutionem* e contratos consensuais. Os contratos **quoad constitutionem** são aqueles para cuja celebração se exige a tradição **ou entrega da coisa de que são objecto**. Os contratos consensuais são aqueles em que a entrega da coisa é dispensada – dá-se por mero consenso negocial.

A exigência da tradição da coisa para a constituição destes contratos costuma ser implicitamente referida através da descrição do tipo contratual e do facto de no seu regime não se prever a obrigação de entrega da coisa (parceria pecuária – art. 1129.º – comodato – art. 1129.º – mútuo – 1142.º – depósito art. 1185.º). Em todos estes casos, a referência à expressão «contrato pelo qual uma das partes entrega» na descrição do tipo contratual indica que a entrega não consiste numa obrigação assumida no contrato, sendo antes acto livre de uma das partes, que é pressuposto para constituir esse mesmo contrato.

Noutras hipóteses o legislador determina expressamente a proibição de o contrato se constituir sem a entrega da coisa. É o que acontece no penhor de coisas (art. 669.º) na doação verbal de coisas móveis (art. 947.º, n.º2) e no reporte (art. 477.º C. COM.).

Tem vindo a ser levantada na doutrina a questão de saber se a exigência de tradição da coisa para a constituição de certos contratos ainda desempenharia, no direito actual, alguma função útil.

Resposta positiva – Menezes Cordeiro e Carvalho Fernandes; embora normalmente estes autores excluam da solução propugnada o penhor de coisas, onde consideram que a tradição corresponde a uma situação de publicidade constitutiva.

Resposta negativa – Pires de Lima e Antunes Varela.

Para Prof. Menezes Leitão: a questão da dispensa da tradição (e conseqüente admissibilidade da constituição do contrato como consensual) só se pode colocar relativamente às situações em que a referência à tradição aparece apenas na descrição do tipo legal, já que sempre que a lei exige imperativamente a tradição para a constituição do contrato (penhor de coisas, doação verbal de coisas móveis e no reporte) parece claro que as partes não apodem dispensar. Assim, está-lhes vedado constituir consensualmente uma doação verbal de coisas móveis, uma vez que, não existindo tradição, esta só poderá ser realizada por escrito (art. 947.º). No caso do reporte e do penhor de coisa, nem a forma escrita permite dispensar a tradição, uma vez que a lei determina que o contrato não se pode constituir sem ela (art. 669.º e art. 477.º do CCom).

Nos contratos como a parceria pecuária, mútuo, depósito ou comodato fará, porém, sentido a exigência imperativa da tradição, ou deve-se antes considerar que este elemento do tipo legal é meramente natural e não essencial? A questão só poderá ser resolvida perante a análise das funções que a tradição desempenha nestes contratos. Quem entenda que ela não desempenha hoje uma clara função útil,

tenderá naturalmente a considerá-la dispensável para efeitos da constituição do contrato, admitindo a celebração desses contratos como consensuais.

A exigência da tradição da coisa tem uma função útil de não permitir que a execução do contrato ocorra numa fase posterior à da declaração negocial, exigindo que a execução do contrato se manifeste precisamente nessa declaração negocial. Tal regime tem a vantagem de não permitir a execução do contrato, quando a declaração negocial da parte mais sacrificada já não é actual, o que é ditado precisamente para evitar a emissão de declarações negociais precipitadas, em contratos que podem implicar a abdicação do gozo das coisas de que são objecto.

A tradição deve ser considerada um elemento essencial do contrato, não se podendo admitir a sua dispensa dado que isso corresponderia a atribuir a eficácia constitutiva desses contratos ao simples consenso, quando a lei determina que essa constituição apenas ocorre com a tradição.

Por outro lado, admitir a ideia de que se pode formar, com base na autonomia privada, contratos consensuais ao lado dos contratos reais quoad constitutionem, parece-nos incorrecto já que os tipos contratuais são definidos em função dos seus efeitos e não da sua forma de constituição (não há um mútuo real e um mútuo consensual mas apenas e tão só contratos de mútuo). Ora, nesse contratos, ou se defende que é exigida a tradição para se constituírem (contratos reais quoad constitutionem) ou se entende que o contrato já está formado antes da tradição, e então o contrato é consensual.

Deste modo, o Prof. Menezes Leitão defende a manutenção no actual direito da categoria dos contratos reais quoad constitutionem, recusando a possibilidade de estes contratos se constituírem como consensuais.

### . Quanto aos efeitos

#### . Contratos obrigacionais e reais

A eficácia jurídica reconduz-se à produção de efeitos de direito e estes, sendo necessariamente reportados a pessoas, dão origem a situações jurídicas. A eficácia jurídica classifica-se em eficácia jurídica constitutiva, transmissiva, modificativa ou extintiva.

**Nos contratos a produção dos efeitos jurídicos resulta da livre decisão das partes ao abrigo da autonomia privada. Consequentemente, qualquer destes tipos de eficácia jurídica pode ser estipulada,** podendo, por isso, falar-se em contratos constitutivos, modificativos, transmissivos ou extintivos de direitos ou obrigações.

A mais importante classificação de contratos é a que distingue:

**Contratos reais – a situação jurídica em questão reconduz-se a um direito real sobre uma coisa corpórea.**

**Contratos obrigacionais – a situação jurídica dá origem a direitos de crédito.**

Os contratos obrigacionais reconduzem-se à criação de direitos de crédito e obrigações, sendo a sua eficácia sobre a esfera jurídica das partes imediata. Os contratos reais colocam um problema particular, uma vez que pode suceder que a sua eficácia não seja imediata, o que sucede sempre que não

estejam preenchidos, no momento da celebração do contrato, os requisitos necessários para que o contrato dê origem a uma situação jurídica de natureza real.

A regra geral, porém, é a de que a **transmissão dos direitos reais sobre coisas determinada ocorre por mero efeito do contrato (art. 408.º, n.º1)**. Está consagrada nesta disposição o sistema do título (sistema do título – a constituição ou transferência de direitos reais depende unicamente da existência de um título de aquisição, sendo assim o contrato, enquanto negócio casual, suficiente para operar a transmissão do direito real), o qual ocorre apenas em virtude do próprio contrato, não ficando dependente de qualquer acto posterior, como a tradição da coisa ou o registo. Daqui resulta a consequência de que o adquirente da coisa, sendo **considerado proprietário a partir da celebração do contrato, sofre o risco da sua perda ou deterioração a partir desse momento (796º/1)**.

É de notar, no entanto, que esta transmissão da propriedade no momento da celebração do contrato apenas ocorre relativamente a coisas que já possuem os requisitos necessários do art. 408º/1 (coisas presentes, determinadas e autónomas de outras coisas). Se as coisas ainda não possuem esses requisitos, **(coisas futuras, indeterminadas, coisas ligadas a outras) refere-nos o art 408º/2 que a transferência da propriedade é diferida para um momento posterior ao da celebração do contrato**.

Temos, assim, que relativamente a **coisas futuras**, o momento da transferência da propriedade é o da **aquisição da coisa** pelo alienante, regime que é aplicável, quer se trate de coisas relativamente futuras (211º), quer de coisas absolutamente futuras (as que ainda não existem, ao tempo da declaração negocial). Esta norma é essencialmente aplicável à compra e venda (880º), uma vez que a doação não pode abranger bens futuros (942º) e o próprio 408º/2 exclui deste regime a empreitada.

Relativamente a coisas indeterminadas, a transferência verifica-se no momento em que a coisa é determinada com conhecimento de ambas as partes. Deste regime são exceptuadas as obrigações genéricas (539º e ss), em que a transmissão da propriedade ocorre com o cumprimento, salvo os casos especiais referidos no 541º. Mas já é aplicável relativamente às obrigações alternativas (543º e ss.), onde a transferência do direito real se verifica quando a escolha da prestação, efectuada por aquele a quem compete (543º/2), chega ao conhecimento da contraparte.

Tratando-se de coisas ligadas a outras, como sucede nos frutos naturais e as partes componentes integrantes de outras coisas, a transferência verifica-se no momento da colheita ou separação (ver 880º).

No entanto, em todos estes casos, a **transmissão da propriedade continua a realizar-se por efeito do contrato**, já que, embora não ocorra no momento da sua celebração, continua a ser consequência directa deste, e não de qualquer outro segundo acto, a praticar pelo alienante.

### . A cláusula de reserva de propriedade

Ocorrendo entre nós a transferência da propriedade sempre em virtude da celebração do contrato e, normalmente no momento dessa celebração, a transmissão dos bens é extraordinariamente facilitada em prejuízo dos interesses do alienante. Assim, se for celebrado um contrato de compra e venda de um bem, o comprador torna-se imediatamente proprietário do bem vendido e pode voltar a aliená-lo, mesmo que este não lhe tenha sido entregue ou o preço respectivo ainda não esteja pago. Ao vendedor resta apenas a possibilidade de cobrar o preço. Este é, porém, um mero direito de crédito, que não lhe atribui qualquer

preferência no pagamento, o que implica para o vendedor ter de concorrer com todos os credores comuns do comprador sobre o património deste (604º/2). Assim, caso o comprador não possua bens suficientes para pagar a todos os seus credores, o vendedor não terá possibilidade de cobrar a totalidade do preço.

A compra e venda a crédito apresenta-se por isso um negócio que envolve riscos elevados para o vendedor, pois a celebração do contrato acarreta para ele a mudança de uma situação de proprietário de um bem para a de um mero credor comum, sem qualquer garantia especial, nem sequer sobre o bem vendido.

Para mais, a lei através do art. 886º **retira ao vendedor a possibilidade de resolução do contrato por incumprimento de outra parte (801º/2), a partir do momento em que ocorra a transmissão da propriedade e a entrega da coisa.**

Em virtude dessas consequências, tornou-se comum, nos contratos de compra e venda a crédito, a celebração de uma cláusula de reserva de propriedade. A reserva de propriedade vem referida no art 409º, podendo ser definida como a **convenção pela qual o alienante reserva para si a propriedade da coisa, até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte, ou até à verificação de qualquer outro evento (409º/1)**. A cl de reserva de propriedade pode ser celebrada em relação a quaisquer bens, mas a lei dispõe que, no caso de bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, só a cláusula constante do registo é oponível a terceiros (409º/2). Nos outros casos, não será exigida qualquer publicidade, para se poder opor a reserva de terceiro, mesmo que esteja de boa fé e tenha obtido a propriedade por transmissão do adquirente sob reserva. No entanto, se o terceiro adquirir a propriedade a título originário (ex. usucapião ou acessão), naturalmente que a reserva de propriedade se extinguirá.

A cl. de reserva de propriedade implica que, por acordo entre vendedor e comprador, a transmissão da propriedade fique diferida para o momento do pagamento integral do preço. A função desse acordo não é permitir ao vendedor a continuação do gozo sobre o bem, mas apenas defender o vendedor de eventuais consequências do incumprimento do comprador.

Em caso de incumprimento por parte do comprador, o vendedor continua a poder resolver o contrato nos termos do art. 801º/2, uma vez que a exclusão deste direito pelo art. 886º só se verifica se tiver ocorrido a transmissão da propriedade da coisa. No entanto, em caso de venda a prestações, o art 934º exclui imperativamente a resolução do contrato se o comprador faltar ao pagamento de uma única prestação e esta não exceder a oitava parte do preço. Já haverá, no entanto, lugar à resolução do contrato, se o comprador faltar ao pagamento de duas prestações, mesmo que estas, em conjunto, não excedam a oitava parte do preço.

Pode perguntar-se qual a posição jurídica do comprador relativamente à coisa, a partir do momento em que é celebrada a cl. de reserva de propriedade. A posição tradicional da nossa doutrina, sufragada nomeadamente por Galvão Telles, Antunes Varela é a de que a reserva de propriedade devia ser qualificada como uma condição suspensiva na medida em que a transmissão da propriedade ficaria subordinada a um facto futuro e incerto – o pagamento do preço – o que permitiria ver a posição jurídica do comprador como a de adquirente condicional. Essa qualificação permitiria aplicar ao comprador o regime dos arts 273º e 274º, daí resultando, no entanto, que o risco do perecimento da coisa, durante esse período correria por conta do vendedor, ainda que a coisa já tivesse sido entregue ao comprador (796º/3). Esta também é a posição do Drº Lacerda Barata.

Para o Prof. M. Leitão, no entanto, **a reserva de propriedade não pode ser qualificada como uma condição, definindo-se esta como a cláusula acessória do negócio jurídico que determina a subordinação dos seus efeitos a um acontecimento futuro e incerto (270º)**. Efectivamente, na reserva de propriedade não se subordinam os efeitos do negócio a um evento exterior ao mesmo, antes se faz depender um dos efeitos essenciais desse mesmo negócio. Não há, assim, qualquer condição, mas antes uma **alteração da ordem de produção dos efeitos negociais. Sem a reserva, a transmissão da propriedade ocorre antes do pagamento do preço. Com a reserva, ela passa a ocorrer posteriormente a ele.**

O problema, no entanto, é que nesse caso, a conservação da propriedade no vendedor visa essencialmente funções de garantia do pagamento do preço, uma vez que o negócio translativo já foi celebrado. Ora, assim sendo, esse negócio já confere ao comprador uma expectativa jurídica de aquisição do bem, a qual deve ser considerada oponível a terceiros.

Não pode considerar-se o comprador como mero detentor, uma vez que a celebração de compra e venda torna-o possuidor em nome próprio. Esta expectativa real atribui-lhe assim poder de usar e fruir a coisa, apenas lhe estando vedada a sua disposição por tal ser incompatível com a função de garantia visada com a conservação da propriedade no vendedor.

Assim, tanto o vendedor como o comprador são titulares de situações jurídicas reais, havendo que distribuir o risco de acordo com o proveito que cada um tirava da respectiva situação jurídica, COMO o vendedor conservava apenas a propriedade como função de garantia, deve apenas suportar o risco da perda dessa garantia. Pelo contrário, como o comprador já se encontrava a tirar todo o proveito da coisa, é a ele que competirá suportar o risco pela sua perda ou deterioração.

#### **. Classificação dos contratos entre sinalagmáticos e não sinalagmáticos.**

Os contratos são denominados sinalagmáticos ou não sinalagmáticos consoante origemem obrigações recíprocas para ambas as partes, ficando assim ambas simultaneamente na posição de credores e devedores, ou não origemem essas obrigações.

Menezes Cordeiro pretende ainda ser possível autonomizar desta a classificação entre contratos movinculantes e bivinculantes, consoante apenas uma das partes fique vinculada ou a vinculação exista em relação a ambas. Contudo, o Prof. Menezes Leitão não crê que exista base para esta distinção.

Os contratos sinalagmáticos opõem-se assim aos não sinalagmáticos. Estes podem ser contratos unilaterais, em que apenas uma das partes assume uma obrigação (doação obrigacional ou fiança) ou contratos bilaterais imperfeitos, em que uma das partes assume uma obrigação, mas a outra apenas realiza uma prestação em circunstâncias eventuais (mandato, depósitos gratuitos).

Um exemplo de contrato sinalagmático é a compra e venda onde, face ao art. 879º b) e c), se pode vislumbrar a existência de obrigações para ambas as partes: a obrigação de entrega da coisa para o vendedor e a obrigação de pagamento de o preço para o comprador.

A existência de obrigações recíprocas para ambas as partes implica que o surgimento de cada prestação apreça ligado ao surgimento da outra, que se apresenta assim como sua contraprestação. O

surgimento deste nexa entre duas prestações no momento da celebração do contrato denomina-se sinalagma genético.

Do surgimento deste nexa entre as duas obrigações retira a lei como consequência a imposição de uma interdependência entre as duas prestações, que se deve manter durante toda a vida do contrato, estabelecendo-se por isso que uma prestação não deve ser executada sem a outra e que, se uma das prestações se impossibilitar, a outra também se deve extinguir. Esta situação é denominada de sinalagma funcional e corporiza-se em vários aspectos do regime dos contratos sinalagmáticos. O primeiro é o de cada uma das partes pode recusar a sua prestação enquanto a outra não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o cumprimento simultâneo (428º). A segunda é a de que o contraente fiel pode resolver o contrato se a outra parte incumprir a sua obrigação (801º/2). A terceira é a de que a impossibilitação de uma das prestações extingue o contrato e determina a restituição da outra (795º/1).

No contrato sinalagmático existe um nexa final entre as duas prestações principais do contrato, derivada da estipulação comum de troca de prestações, nexa esse que se designa precisamente por sinalagma e que constitui uma específica estrutura final imanente ao contrato.

### **Classificação dos contratos entre onerosos e gratuitos.**

O contrato diz-se oneroso quando implica atribuições patrimoniais para ambas as partes (ex.:874º) e gratuito quando implica atribuições patrimoniais para apenas uma delas (ex.: 940º). Certos contratos como o mútuo, o mandato e o depósito podem ser tantos onerosos como gratuitos (1145º, 1158º e 1186º).

Esta classificação não se confunde com a classificação entre contratos sinalagmáticos e contratos não sinalagmáticos. Um contrato pode ser oneroso e não ser sinalagmático como sucede com o mútuo oneroso. Efectivamente, os contratos reais quoad constitutionem podem ser onerosos, não sendo sinalagmáticos, quando a atribuição patrimonial de uma das partes não consiste na assunção de uma obrigação mas antes coincide com a celebração do contrato. Mas já os contratos sinalagmáticos são sempre onerosos, uma vez que, ao gerarem obrigações recíprocas para ambas as partes, implicam sempre atribuições patrimoniais para ambas.

A qualificação dos contratos entre onerosos e gratuitos pode, porém, colocar problemas especiais no caso de o contrato instituir relações triangulares. Por ex., no caso do contrato a favor de terceiro (443º), o promitente que realiza a prestação ao terceiro não recebe qualquer contrapartida deste, mas pode vir a recebê-la da do promissário. Daqui resulta que a onerosidade e gratuidade são conceitos de relação, tendo por base as atribuições patrimoniais realizadas e não os sujeitos do contrato. Neste sentido, quando o contrato institui uma relação triangular pode ser simultaneamente oneroso e gratuito.

Os contratos gratuitos diferenciam-se dos contratos onerosos em termos de regime pela maior protecção que conferem à parte que realiza a atribuição patrimonial. Essa maior protecção estabelece-se, pelo facto de a constituição do contrato gratuito muitas vezes exigir um processo mais complexo do que a correspondente constituição do contrato oneroso. Ainda, pelo facto de estes contratos serem objecto de um regime mais favorável no que respeita à responsabilidade por perturbações da prestação. Para mais, pelo facto de estes contratos normalmente admitirem formas mais alargadas de extinção do que os

contratos onerosos, e, por fim, pelo facto de, em caso de dúvida, a interpretação destes contratos ser realizada de acordo com o sentido menos gravoso para o disponente.

### **Classificação dos contratos entre comutativos e aleatórios.**

Esta classificação é restrita aos contratos onerosos uma vez que toma sempre por base a possibilidade de existência de atribuições patrimoniais. O contrato diz-se comutativo, quando ambas as atribuições patrimoniais se apresentem como certas e diz-se aleatório quando, pelo menos, uma das atribuições patrimoniais se apresente como incerta, quer quanto à sua existência, quer quanto ao seu conteúdo.

Ex.s de contratos aleatórios são contratos de jogo e aposta (1245º), de renda vitalícia (1238º).

### **Contratos nominados e inominados. Contratos típicos e atípicos.**

O contrato diz-se nominado, quando a lei o reconhece como categoria jurídica através de um nomen iuris. Pelo contrário, o contrato diz-se inominado, quando a lei não o designa através de um nomen iuris, não o reconhecendo assim nas suas categorias contratuais.

Esta classificação não se confunde com a classificação, entre contratos típicos e atípicos. O contrato diz-se típico, quando o seu regime se encontra previsto na lei, sendo atípico, quando tal não sucede.

Os contratos nominados podem ser típicos e atípicos. O contrato inominado é sempre atípico. Assim, a compra e venda (874º) ou a doação (940º) são contratos nominados e típicos, uma vez que, além de possuírem um nome, têm estabelecido um regime jurídico na lei. Outros contratos, como a hospedagem, são contratos nominados e atípicos, pois apesar de a lei os reconhecer como categorias jurídicas (755º b)) não estabelece qual o seu regime. Se as partes celebrarem um contrato que a lei desconheça por completo, tratar-se-á de um contrato inominado e atípico.

A atipicidade legal pode, porém, ocorrer relativamente a certos contratos que, apesar de não estarem regulados na lei, são amplamente conhecidos na prática jurídica, levando que pela sua simples designação as partes identifiquem um regime, que essa prática teria vindo a impor. Fala-se nesses casos em tipicidade social, a qual, normalmente, acaba por desencadear um posterior reconhecimento do contrato pelo legislador. É o que sucede por ex. com os contratos de franchising. Nos contratos socialmente típicos poderá eventualmente admitir-se a existência de verdadeiros tipos jurídicos, sempre que a prática social reiterada, ligada à convicção de obrigatoriedade, tenha feito surgir verdadeiras normas de direito consuetudinário a estabelecer a regulação desses contratos.

### **Contratos mistos**

Denomina-se de contrato misto aquele que reúne em si **regras de dois contratos total ou parcialmente típicos**, assumindo-se dessa forma como um contrato atípico, por não corresponder integralmente a nenhum tipo contratual regulado por lei. Como, porém, a sua atipicidade resulta da

adopção de regras de dois ou mais contratos típicos põe-se um problema de conflito entre regimes aplicáveis, o que justifica a autonomização do contrato misto.

É possível distinguir as seguintes categorias de contratos mistos:

- Contratos múltiplos ou combinados;
- Contratos de tipo duplo ou geminados;
- Contratos mistos stricto sensu, cumulativos ou indirectos;
- Contratos não complementares;

Contratos múltiplos ou combinados são aqueles em que as partes estipulam que uma delas deve realizar prestações correspondentes a dois contratos típicos distintos, enquanto a outra realiza uma única contraprestação comum. Como exemplo teríamos a situação de alguém vender um automóvel a outrem e simultaneamente se comprometer a conduzi-lo, contra uma única contraprestação.

Contratos de tipo duplo ou geminados, correspondem àqueles contratos em que uma parte se encontra obrigada a uma prestação típica de certo tipo contratual, enquanto a contraparte se encontra obrigada a uma contraprestação oriunda de outro tipo contratual. Como ex., teríamos a situação de alguém arrendar uma casa contra a obrigação da outra parte de realizar serviços de limpeza do prédio.

Contratos mistos stricto sensu, cumulativos ou indirectos correspondem àqueles contratos em que é usada uma estrutura própria de um tipo contratual para preencher uma função típica de outro tipo contratual. Como ex., temos a situação de alguém vender uma casa pelo preço de 1000 euros. A estrutura utilizada é típica do contrato de compra e venda, mas o preço é tão baixo, desempenhando o contrato próprio a função da doação.

Contratos complementares são aqueles em que são adoptados os elementos essenciais de um determinado contrato, mas aparecem acessoriamente elementos típicos de outro ou outros contratos. Como ex. teríamos a venda de um automóvel com a obrigação acessória de o vendedor realizar a manutenção do veículo.

Nos contratos mistos coloca-se com muita frequência a questão da determinação pelo qual o regime que lhes deva ser aplicado, uma vez que as partes, ao reunirem no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios total ou parcialmente regulados na lei, provocam sempre um conflito de regimes legais potencialmente aplicáveis. A doutrina tem apontado as seguintes soluções:

- . a teoria da absorção (Lotmar);
- a teoria da combinação (Rumelin e Hoeniger);
- a teoria da analogia (Sreiber);

A teoria da absorção vem defender que o conflito de regimes contratuais suscitado pelos contratos mistos deve ser resolvido pela opção a favor de um único regime contratual, o qual absorveria as regulações respeitantes aos outros tipos contratuais.

A teoria da combinação vem, por outro lado, sustentar que o conflito entre os regimes contratuais não deve ser resolvido pela opção a favor de um deles, mas antes se deve realizar uma aplicação combinada dos dois regimes.

A teoria da analogia vem sustentar que o conflito de regimes contratuais deve implicar a não aplicação de qualquer deles, configurando-se por isso o contrato misto como um contrato integralmente atípico, não regulado por qualquer tipo contratual, mas apenas pela parte geral do Direito das Obrigações.

Para o Prof. Menezes Leitão, apenas a teoria da analogia merece um afastamento liminar. Efectivamente, defender a exclusão simultânea da aplicação das regras dos dois regimes implica desvirtuar a natureza do contrato misto.

A alternativa colocar-se-á entre as teorias da absorção e da combinação. Destas soluções extrai-se um critério geral. Assim, sempre que na **economia do contrato misto, os elementos pertencentes a um dos contratos assumirem preponderância, deve ser aplicado essencialmente o regime desse contrato, o que corresponde à teoria da absorção**. Se, porém, **não for possível estabelecer essa preponderância, a solução** já deve ser ates a aplicação simultânea dos dois regimes, o que corresponde à teoria da combinação. Face a este critério parece que tendencialmente os contratos múltiplos e combinados e os contratos de tipo duplo ou geminados se regerão pela teoria da combinação e os contratos cumulativos ou indirectos e os contratos complementares pela teoria da absorção.

### A união dos contratos.

Dos contratos mistos deve ser distinguida a figura da união de contratos. No contrato misto, ainda que se recolham elementos de vários tipos contratuais, existe um único contrato, já que esses elementos se dissolvem para formar um contrato único. Na união de contratos, pelo contrário, essa dissolução não ocorre, verificando-se antes a **celebração conjunta de diversos contratos**, unidos entre si. Assim, a união de contratos permite que **cada contrato mantenha a sua autonomia**, possibilitando a sua individualização face ao conjunto.

São admitidas as seguintes formas de união de contratos:

- união externa;
- união interna;
- união alternativa;

Fala-se em união externa quando a ligação entre os diversos contratos resulta apenas da circunstância de serem celebrados ao mesmo tempo, já que as partes não estabeleceram qualquer nexo de dependência entre os diversos contratos. Assim, se alguém vai a um café e pede simultaneamente um café, um bolo e um maço de cigarros, existem três contratos, mas cada um conserva a sua autonomia entre si, só existindo a união de contratos pelo facto de os três contratos serem celebrados ao mesmo tempo.

Na união interna, pelo contrário, os dois contratos apresentam-se ligados entre si por uma relação de dependência, já que na altura da sua celebração uma das partes estabeleceu que não aceitaria celebrar um dos contratos sem o outro. Essa dependência pode ser unilateral quando apenas um dos contratos depende do outro, ou bilateral, quando ambos os contratos se encontram dependentes entre si. Em qualquer caso, as partes querem um dos contratos, ou ambos, como associados economicamente, pelo que a validade e a vigência de um ou de ambos os contratos ficará dependente da validade e vigência do outro. (ex: alguém só compra computador se lhe oferecerem impressora).

Finalmente, na união alternativa, as partes declaram pretender ou um ou outro contrato, consoante ocorrer ou não a verificação de determinada condição. A verificação da condição implica assim a produção de efeitos de um dos contratos, ao mesmo tempo que se exclui a produção de efeitos do outro.

Os contratos encontram-se, por isso, numa fase inicial unidos entre si, mas essa união é meramente ocasional e virá a ser resolvida a favor da permanência apenas de um dos contratos.

### **Os contratos preliminares.**

#### **Generalidades. Distinção entre contratos preliminares e contratação mitigada.**

Denominam-se contratos preliminares aqueles contratos cuja execução pressupõe a celebração de outros contratos. Neste âmbito, adquirem especial relevância o **contrato-promessa (410º e ss.)** e o **pacto de preferência (414º)** onde se verifica, respectivamente a assunção da obrigação de celebração de um futuro contrato, ou da obrigação de dar preferência a outrem na celebração de um contrato futuro.

Muitas vezes, porém, ocorrem situações em que falta esta efectiva vinculação a uma obrigação embora as partes assumam certos compromissos durante a fase das negociações, o que corresponde ao fenómeno que Menezes Cordeiro designa por contratação mitigada. Estarão neste caso situações como a das cartas de intenção, o acordo de negociação, o acordo de base, o acordo-quadro e o protocolo complementar.

As *cartas de intenção* corresponderiam à expressão de intenção de celebração de um contrato futuro, sem assunção de uma obrigação nesse sentido. Já os *acordos de negociação* corresponderiam à definição dos parâmetros em que devem decorrer as negociações, expressando a intenção de as prosseguir. No *acordo de base*, as partes referem o acordo existente sobre os pontos essenciais, embora as negociações prossigam para acertar questões complementares. No *acordo-quadro*, as partes numa negociação que envolve múltiplos contratos estabelecem um enquadramento comum a todos eles. Já o *protocolo complementar* consiste na celebração de uma convenção acessória de um determinado contrato, visando a sua complementação.

Sempre que dos compromissos acima referidos não resulte a assunção uma obrigação de contratar, a responsabilidade só poderá ser estabelecida com base na culpa *in contrahendo* (227º). Sempre que, porém, exista uma obrigação de contratar assumida pelas partes, já se estará perante um contrato-promessa, que poderá ter por objecto outro contrato-promessa, caso em que se aplicará naturalmente o regime de execução específica do contrato, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida.

Por vezes, na contratação mitigada a vinculação vai mais longe do que uma obrigação de contratar, procedendo logo à regulação efectiva dos contratos futuros.

#### **O contrato-promessa.**

*Noção e regime aplicável. O princípio da equiparação.*

De acordo com o art. 410º/1, o contrato-promessa é a convenção pela qual alguém (uma parte ou duas) se obriga a celebrar novo contrato. Estamos assim perante um contrato preliminar de outro contrato que, por sua vez, se designa de contrato definitivo. O contrato-promessa caracteriza-se assim pelo seu

**objecto, uma obrigação de contratar – declaração negocial**, a qual pode ser relativa a qualquer outro contrato.

Podemos qualificar assim o contrato-promessa como um contrato preliminar que tem por objecto a celebração de um outro contrato, o contrato prometido. Constitui, no entanto, uma **convenção autónoma** deste, uma vez que se caracteriza normalmente por ter **eficácia meramente obrigacional**, mesmo que o contrato definitivo tenha eficácia real.

Apesar da autonomia entre os dois contratos, a lei não deixou de sujeitar, em princípio, o contrato-promessa ao mesmo regime do contrato definitivo (410º/1). É o que se denomina de **princípio da equiparação. Efectua-se uma extensão do regime do contrato definitivo ao contrato-promessa, sujeitando-se este, em princípio, às mesmas regras que vigoram para o contrato definitivo.**

O princípio da equiparação é objecto de **duas excepções** (410º/1):

- as disposições relativas à forma;
- as disposições que pela sua razão de ser não devam considerar-se extensivas ao contrato-promessa;

Relativamente à primeira excepção, dela resulta que a forma do contrato-promessa não seja necessariamente a mesma do contrato definitivo, o que permite que ao contrato-promessa seja atribuída uma forma menos solene do que a que seria exigida para o contrato definitivo.

Já quanto à segunda excepção, ela implica o afastamento de todas as disposições relativas ao contrato-prometido, justificadas em função da configuração deste, e que não se harmonizem com a natureza do contrato-promessa.

#### *Modalidades de contrato-promessa.*

O contrato-promessa pode, ser classificado em contrato-promessa unilateral ou bilateral, consoante apenas uma das partes se vincule à celebração do contrato-definitivo ou essa vinculação ocorra para ambas as partes. Como ex. de contrato promessa bilateral, teríamos o caso de alguém prometer vender a outrem determinado imóvel por certo preço e esse outrem, simultaneamente, se comprometer a comprar-lho. Como exemplo de contrato-promessa unilateral, teríamos o caso de alguém se comprometer, da mesma forma, a vender o imóvel por um certo preço, mas a outra parte não se comprometer a comprar-lho, ficando livre de o fazer ou não – liberdade de celebração.

O **contrato-promessa unilateral pode ser remunerado**, o que sucede sempre que a outra parte assumia a obrigação de pagar ao promitente determinada quantia como contrapartida pelo facto de se manter durante certo tempo vinculado à celebração de um contrato (**preço de imobilização**). Em qualquer caso, no contrato-promessa unilateral, a lei considera que o direito à celebração do contrato definitivo apenas deve poder ser exercido dentro de um prazo limitado, pelo que, sempre que as partes não o estipulem, é possível ao promitente fixar à outra parte um prazo para o exercício do direito, findo o qual este caducará (411º).

#### *Forma do contrato-promessa.*

A forma do contrato-promessa é um dos campos não abrangidos pelo princípio da equiparação de regime com o contrato-definitivo (410º/1). Relativamente à forma, o contrato-promessa segue, por esse motivo, o regime geral, que se baseia precisamente na **liberdade de forma (219º Pr. consensualidade)**.

Há, no entanto, uma importante excepção, referida no art **410º, n.º 2**, que nos refere que quando a lei exige um documento, autêntico ou particular, para o contrato prometido é também exigido documento para o contrato-promessa, bastando, porém, um documento particular, ainda que o contrato-prometido exija um documento autêntico. Assim, o contrato-promessa de compra e venda de um imóvel, sujeita por lei a escritura pública (875º), pode realizar-se por simples documento particular. A exigência de forma escrita para o contrato-promessa não é naturalmente preenchida com a simples outorga de um recibo de sinal.

Nos termos do art. 410º/2, o referido documento tem que ser assinado apenas pela parte que vincula à celebração do contrato definitivo. Assim, se o contrato-promessa for unilateral, só terá que ser assinado pelo promitente, apenas se exigindo a assinatura de ambos nos contratos-promessa bilaterais.

Uma questão que tem suscitado muita controvérsia tem sido a de averiguar se o contrato-promessa bilateral, que seja assinado apenas por um dos promitentes, pode ser válido como promessa unilateral, permitindo a subsistência da obrigação por parte de quem assinou o documento. A doutrina tem-se dividido sobre esta questão:

- a) a teoria da transmissão automática desse contrato em promessa unilateral;
- b) a tese da nulidade total do contrato;
- c) **a tese da conversão;**
- d) **a tese da redução; art 292º**

Para o Prof. Menezes Leitão, à semelhança da jurisprudência maioritária, a solução preferível é efectivamente a da redução. Na verdade, uma vez aceite o entendimento de que deve procurar aproveitar-se como contrato-promessa unilateral a que falte uma das assinaturas, então deve adoptar-se a solução que dê mais abertura a essa possibilidade. Essa é indubitavelmente a tese da redução, uma vez que **nela, é ao interessado na nulidade total do negócio que caberá alegar que o contrato não teria sido concluído sem a parte viciada (art. 292º)**.

Para além disto, a tese da redução permite salvaguardar a articulação do contrato-promessa com o regime do sinal. Considerando esta situação como uma mera hipótese de **invalidade parcial**, esta permitiria manter a sanção do sinal em relação à parte que permanecesse vinculada à celebração do contrato-definitivo, o que parece ser a solução mais correcta para o Prof. ML já que o afastamento dos direitos atribuídos pelo 442º, representariam um grande prejuízo para o promitente fiel.

Finalmente, para o Prof. ML não se lhe afigura, problemática a qualificação da situação como invalidade parcial (para o Drº LB é nulidade total), uma vez que, apesar de se tratar de uma invalidade formal, esta é cindível em relação às duas partes. Efectivamente, por força do 410º/2, admite-se que no contrato-promessa unilateral, a assinatura das partes seja apenas necessária para a constituição da obrigação de contratar, adquirindo a outra parte o direito à celebração do contrato-definitivo sem ter que assinar o contrato-promessa. Ora, se assim é no contrato-promessa unilateral, não se vê porque motivo esta solução não haveria de valer também para o contrato-promessa bilateral, considerando-se, em virtude da falta de uma das assinaturas, como formalmente válida a assunção de uma das obrigações e

formalmente inválida a assunção da outra, o que representaria sempre um caso de **invalidade parcial do contrato**. A partir daí, saber se essa invalidade parcial se deve comunicar ou não a todo o contrato dependerá da aplicação do art. 292º.

No art. 410º/3, exige-se ainda que o contrato-promessa, quando respeite à constituição ou transmissão de **direito real sobre edifício ou fracção autónoma dele, já construído, em construção ou a construir**, o documento referido no n.º 1 seja acompanhado de reconhecimento presencial da assinatura e de certificação pelo notário da exigência de licença de utilização ou construção. Neste caso, não se está perante uma exigência de forma, uma vez que não se revela por esta via qualquer vontade negocial, tratando-se antes de *formalidades*, exigidas para a validade plena do negócio. A exigência destas formalidades prendeu-se com a intenção de estabelecer um controlo notarial dos contratos-promessa relativos a edifícios ou suas fracções autónomas, por forma a evitar a sua celebração em casos de construção clandestina, impondo-se por isso, no interesse do promitente adquirente, o *reconhecimento presencial das assinaturas* e a certificação pelo notário, no próprio documento, da *existência de licença de utilização ou construção*. Caso estes requisitos não sejam cumpridos, ocorrerá a **invalidade do contrato-promessa que, no entanto, só poderá ser invocada pelo promitente adquirente, a menos que seja provocada por sua culpa exclusiva, caso em que o promitente alienante também a poderá invocar**.

Daqui resulta que a referida invalidade **não pode ser invocada por terceiros, nem conhecida officiosamente pelo Tribunal**. A omissão destas formalidades não constitui para o Prof. ML, por isso, uma verdadeira nulidade, sujeita ao regime do art. 286º, mas antes uma situação de invalidade mista, estabelecida no interesse do promitente adquirente em evitar a aquisição de um imóvel clandestino. Por esse motivo, o promitente adquirente pode invocar essa invalidade a todo o tempo, admitindo-se, porém, que essa invocação possa ser restringida com base no abuso de direito.

O Drº LB tem uma posição diferente da maioria da doutrina nesta questão. Para ele, o art. 410º/3 não obriga a dar uma mesma solução para os dois requisitos (reconhecimento de assinatura e existência de licença) uma vez que, para o mesmo a *ratio legis* dos dois requisitos não é a mesma.

Assim, para o Drº LB o reconhecimento presencial das assinaturas é uma garantia fiel das pessoas, não há qualquer interesse público, portanto não é invocável por terceiros nem é de conhecimento officioso. Por outro lado, a existência de licenças de construção é do interesse público comum uma vez que permite evitar construções clandestinas. Sendo assim, este requisito é de conhecimento officioso e pode ser invocado por terceiros interessados.

\* O contrato promessa de compra e venda de bens alheios é legítimo (a compra e venda é que não); o contrato promessa de compra e venda de pais a filhos não viola o disposto no art 877º (a compra e venda é que viola tal artigo).

#### *Transmissão dos direitos e obrigações emergentes dos contrato-promessa.*

O art. 412º vem esclarecer que os direitos e obrigações emergentes do contrato-promessa, que não sejam exclusivamente pessoais, se transmitem por morte aos sucessores das partes (n.º 1), ficando a transmissão por acto entre vivos sujeitas às regras gerais (n.º 2). Desta norma resulta que nada impede

que, em caso de morte de uma das partes, o cumprimento da obrigação respectiva seja exigida dos herdeiros ou seja, requeridos pelos herdeiros do de cuius. – fungível. Caso, no entanto, as partes tenham celebrado o contrato-promessa tomando em consideração especificamente a pessoa do outro contraente, a própria natureza da relação impedirá a transmissão por morte, ao abrigo do 2025º.

### A execução específica

No contrato-promessa os promitentes **vinculam-se a uma prestação de facto jurídico**. Esta é incoercível, não podendo o devedor ser coagido pela força a emitir a declaração negocial a que se obrigou. No entanto, a lei admite a execução específica desta obrigação, que consiste em o devedor ser substituído no cumprimento, obtendo o credor a satisfação do seu direito por via judicial. Neste caso, a execução específica consistirá em o **Tribunal emitir uma sentença que produza os mesmos efeitos jurídicos da declaração negocial que não foi realizada, operando-se assim a constituição do contrato definitivo**.

A execução específica encontra-se prevista no art 830º. Desta norma resulta que o não cumprimento da promessa atribui à outra parte do direito a recorrer à execução específica. A referência legal a “não cumprimento” deve ser entendida em sentido amplo, uma vez que para efeitos da execução específica é **suficiente a simples mora**, já que o credor mantém interesse na prestação, exercendo o seu direito a ela. Aliás, a **execução específica deixa de ser possível, a partir do momento em que se verifique uma impossibilidade definitiva de cumprimento. – 790º impossibilidade objectiva**.

Há duas situações em que é **excluída** a execução específica do contrato-promessa. São elas:

- 1) a existência de **convencção em contrário**;
- 2) a execução específica ser incompatível com a natureza da obrigação assumida;

Relativamente à 1), deve referir-se que a possibilidade de execução específica da obrigação de contratar não se apresenta como um regime imperativo, pelo que as partes podem derogá-lo através de convencção. Presume-se, aliás, que tal sucede no caso de as **partes estipularem sinal ou uma penalização para o incumprimento (830º/2)**, por se presumir que, **nessa situação, o que as partes pretendem em caso de incumprimento é unicamente a obtenção de indemnização convencional e não a execução específica**. Esta **presunção, porém, ilídível por prova em contrário (350º/2)**, nada impedindo, por isso, que as partes convencionem a aplicação dos dois regimes, cabendo nesse caso ao **credor optar pela alternativa que lhe for mais conveniente**. Tal acontecerá, aliás, imperativamente na situação no **art 830º/3, onde se determina que nas promessas a que se refere o art 410º/3 o direito à execução específica não pode ser afastado pelas partes**. Nestas promessas, consequentemente, não podem as partes estipular convencções contrárias à execução específica, pelo que nunca será atribuído esse efeito à convencção de sinal ou cláusula penal.

Relativamente à 2), existem casos em que a execução específica se apresenta como incompatível com a obrigação assumida por índole específica do processo de formação do contrato prometido ou a sua natureza pessoal não se apresentar como compatível com a sua constituição por sentença judicial.

A lei procura ainda resolver dois problemas que a execução específica poderia desencadear. O primeiro diz respeito à hipótese de o bem ter sido prometido vender livre de ónus ou encargos, mas se

encontrar presentemente hipotecado. Ora, nesse caso, a execução específica não protegeria adequadamente os interesses do adquirente, que ficaria sujeito a ver o bem posteriormente executado para pagamento da dívida ao credor hipotecário. Por esse motivo admite-se que na acção de execução específica seja simultaneamente pedida a condenação do promitente faltoso na quantia necessária para expurgar a hipoteca, assim se conseguindo a sua extinção, necessária para o beneficiário da promessa (830º/4).

Um outro problema diz respeito à hipótese de o promitente faltoso poder invocar a excepção de não cumprimento do contrato, caso em que a acção improcede se ele não consignar em depósito a sua prestação no prazo que lhe for fixado pelo Tribunal (830º/5). Pretende-se com esta norma evitar que quando o promitente faltoso beneficie da **excepção de não cumprimento do contrato (428º)** viesse o Tribunal emitir a sentença de execução específica sem assegurar que o promitente faltoso viesse a receber a prestação a que tem direito. Para esse efeito, permite-se que o Tribunal imponha ao autor o ónus de proceder à consignação em depósito da sua prestação, em prazo por ele fixado, sob pena de a acção ser julgada improcedente.

#### *Articulação com o regime do sinal*

##### **A) Sinal e antecipação do cumprimento**

O regime do contrato-promessa deve ser articulado com o regime do sinal. O **sinal** consiste numa **cláusula acessória dos contratos onerosos**, mediante a qual uma das partes entrega à outra, por ocasião da celebração do contrato, **uma coisa fungível** (para o Drº LB não tem de ser uma coisa fungível), que pode ter natureza diversa da obrigação contraída ou a contrair. O sinal funciona então como **fixação das consequências do incumprimento**, uma vez que se a **parte que constitui o sinal deixou de cumprir a sua obrigação, a outra parte tem o direito de fazer sua a coisa entregue**. Se o **não cumprimento partir de quem recebeu o sinal, tem este que o devolver em dobro (442º/2, 1ª parte)**. Caso, porém, se verifique o cumprimento do contrato, a coisa entregue será imputada na prestação devida – valendo como princípio de pagamento – ou restituída, caso essa imputação não seja possível (442º/1).

O sinal representa, para o Prof. ML, um caso típico de datio rei (entrega da coisa) que **transmite a propriedade com uma função confirmatória-penal**, podendo nessa medida qualificar-se como um **contrato real simultaneamente quoad constitutionem e quoad effectum**.

Sendo uma figura de aplicação geral, o sinal tem um campo de aplicação privilegiado no âmbito dos contratos-promessa. Do art 440º resulta que normalmente a realização de uma datio rei, por uma das partes, na altura da celebração do contrato ou em data posterior, não implica a presunção de constituição de sinal, sempre que se verifique coincidência entre a datio realizada e o objecto da obrigação a que aquela parte está adstrita. Nesta situação, entende-se que o que visou com a datio foi antecipar o cumprimento da obrigação e não a constituição do sinal. Se as partes quiserem que a prestação entregue tenha o carácter de sinal, deverão atribuir-lhe especificamente essa natureza.

Diferentemente, se passam as coisas em sede de contrato-promessa, onde a datio rei realizada pelo promitente-comprador nunca pode ser coincidente com a prestação a que fica adstrito, pelo que nunca pode se poderia qualificar como antecipação do cumprimento de uma obrigação vigente. Na verdade, o **contrato-promessa institui apenas obrigações a prestações de facto jurídico (celebrar o contrato definitivo) de que a entrega de uma coisa nunca poderia constituir cumprimento**. Por esse motivo, é **excluída a aplicação do 440º**. O art 441º dispõe que a **entrega de quantias em dinheiro pelo promitente-comprador ao promitente vendedor constitui presunção de estipulação de sinal** por essa via, isto, mesmo que as quantias entregues o sejam a título de antecipação ou princípio de pagamento do preço. Efectivamente, uma vez que a **obrigação de pagamento do preço só surge com a celebração do contrato definitivo, a sua antecipação ou princípio de pagamento na fase do contrato-promessa tem por referência uma obrigação ainda não existente, o que não chega para elidir a presunção de ter sido estipulado sinal**.

No entanto, e uma vez que a lei não considera inilidível a presunção da estipulação de sinal, admite-se a produção de **prova em sentido contrário (350º/2)**. Trata-se, porém, para o Prof. ML de uma prova difícil de efectuar. Contudo, o Drº LB não concorda com esta posição. Dá como exemplo “cláusula no contrato”.

#### ***B) Funcionamento do sinal. O regime do art 442º***

A lei estabelece uma distinção no regime do sinal, consoante ele seja aplicado genericamente a todos os contratos, ou especificamente ao contrato-promessa. O regime do art 442º, não distingue, porém, estas duas situações, cabendo à doutrina fazê-lo.

O art 442º/1, refere-se ao **regime do sinal em geral**, indicando o seu funcionamento em caso de **cumprimento** da obrigação. Em caso de cumprimento, o sinal é imputado na prestação devida, quando coincida com esta. Se for **impossível a imputação**, por a coisa entregue não coincidir com a prestação devida, deve o **sinal ser restituído em singelo (442º/1)**. **A restituição do sinal em singelo ocorrerá igualmente nos casos em que se verifique a impossibilidade da prestação por facto não imputável a qualquer das partes**. Efectivamente, em ambas as situações, a parte deixa de ter causa justificativa para a conservação do sinal, pelo que terá que o restituir.

O art 442º/2, 1ª parte, refere-se igualmente ao **regime do sinal em geral**, explicando o seu funcionamento em caso de **não cumprimento**. Nesse caso, se o **não cumprimento for de quem constituiu o sinal, este será perdido a favor da contraparte**. **Se for esta a incumprir o contrato, terá que restituir o sinal em dobro**. A lei não refere a hipótese de o **incumprimento ser imputável a ambas as partes**, mas parece que neste caso a solução deverá ser a da restituição do sinal em singelo. Efectivamente, por força do **art 442º/2**, **ambas as partes teriam nessa situação direito a indemnização da contraparte, pelo que essas obrigações se extinguiriam por compensação (847º)**, ficando apenas **subsistente a restituição do sinal em singelo**.

Já no art 442º/2, 2ª parte, deixa-se de falar do funcionamento do sinal em geral para se falar especificamente do **funcionamento do sinal no contrato-promessa**. A lei prevê que, se houver tradição da coisa, a que se refere o contrato-prometido, o promitente adquirente pode optar, **em lugar da**

**restituição do sinal em dobro, por receber o valor actual da coisa, ao tempo do incumprimento, com dedução do preço convencionado, acrescido de sinal (em singelo) e da parte que tenha sido paga.**

A lei vem esclarecer que o que aquele pode exigir é a **valorização** obtida pela coisa entre o momento da celebração do contrato e o momento do não cumprimento, valor esse que se obtém subtraindo ao valor actual da coisa o preço convencionado, A este montante **acresce a restituição do sinal (em singelo) e de parte do preço que tenho sido paga (442º/2, 2ª parte).**

*Exemplo: Imagine-se que A promete vender a B, e B promete comprar-lhe, uma casa pelo preço de 50.000 Euros, pagando B logo 25.000 Euros como sinal, e sendo efectuada a tradição da coisa. Posteriormente, no entanto, o valor real da casa sobe para 200.000 Euros. Se A tivesse que restituir o sinal em dobro, entregaria 50.000 Euros, e iria ganhar 150.000 através da alienação da casa a terceiro, o que tornaria para ele o incumprimento do contrato mais vantajoso do que o seu cumprimento. Havendo a possibilidade de B optar pela valorização da coisa, A teria que pagar-lhe o seu valor actual, com dedução do preço convencionado ( $200.000 - 50.000 = 150.000$ ) e restituir-lhe o sinal em singelo (25.000), no total de 175.000 Euros, o que torna desvantajosa a opção pelo incumprimento.*

Uma questão que tem sido controvertida em face desta norma é saber se a **exigência do aumento do valor da coisa ou do direito, a que se refere o contrato-prometido, pressupõe que tenha sido constituído sinal** ou bastasse apenas com a tradição da coisa. Menezes Cordeiro defendeu que deve ser exigida a constituição de sinal, uma vez que, quando este não é estipulado, a tradição da coisa para o promitente comprador apresenta-se como um acto de mera tolerância, não havendo razão para que ele seja prejudicado com este acto. O Prof. ML concorda com Pr. MC. Efectivamente, o regime do art 442º/2, 2ª parte, pretende evitar, nos casos em que houve tradição da coisa, que o funcionamento tradicional do sinal se torne uma sanção platónica para o promitente vendedor, em virtude de a inflação ter alterado a correspondência entre o valor dessa coisa e o preço convencionado.

Em caso de **não haver estipulação de sinal**, os dados da questão alteram-se totalmente. Assim, em primeiro lugar, o **promitente comprador** não fica limitado a uma indemnização pré-convencionada, **podendo exigir quer a execução específica do contrato (830º/1), quer uma indemnização por todos os prejuízos causados com o incumprimento (798º)**, não se vendo por que razão lhe deveria ser atribuída ainda em alternativa o direito ao aumento do valor da coisa. Efectivamente, neste caso, a tradição da coisa, por parte do promitente vendedor, não se apresentou como contrapartida da constituição do sinal pelo promitente comprador, tendo antes a natureza de um acto gratuito, de favor ou de mera tolerância. Não se vê, por isso, que um acto desta natureza constitua justificação para atribuir esse direito ao promitente comprador.

Da leitura do art 442º/3 parece resultar a ideia de que o contraente não faltoso tem sempre a possibilidade de optar pela execução específica em alternativa ao sinal. Não é, porém, assim dado que, em face do art 830º, havendo sinal, presume-se que as partes efectuem uma estipulação contrária à execução específica (830º/2), só podendo esta funcionar em alternativa, caso as partes ilidam esta presunção, ou se trate da hipótese prevista no art 830º/3 onde a execução específica é imperativa. O que este art. quer

simplesmente referir é que, a **execução específica é possível, haja ou não tradição da coisa a que se refere o contrato-prometido.**

O art 442º/3, 2ª parte destina-se a evitar que o promitente faltoso venha a obter um enriquecimento injustificado, em virtude do facto ilícito, que é o incumprimento da obrigação de contratar. Deve, porém, admitir-se que o cumprimento, ainda que tardio, da sua obrigação possa paralisar esse direito, uma vez que então já não se justifica atribuir-lhe essa sanção e o direito do promitente comprador nunca deixou de ser o direito à celebração do contrato-prometido.

A disposição do art 442º/3, na redacção que lhe foi dada pelo DL 379/86, suscitou, porém, alguma discussão na doutrina. Questionou-se se, em virtude da admissão de uma posterior oferta de cumprimento, salvo o disposto no art 808º, paralise o direito ao aumento do valor da coisa, não se teria passado a exigir apenas uma situação de mora no cumprimento para determinar a perda do sinal ou a sua restituição em dobro, ou a alternativa do aumento do valor da coisa, ou do direito, ou se, pelo contrário se continuaria a exigir o incumprimento definitivo da obrigação para a constituição desses direitos. Efectivamente, o **art 808º, refere-se aos casos em que a mora se transforma em incumprimento definitivo**, pelo que a ressalva desta disposição no art 442º/3, faria pressupor que o incumprimento definitivo ainda não se tinha verificado. Ora, sendo a previsão dessa norma a opção pelo aumento do valor da coisa, o que aparece no 442º/2, como alternativa à perda do sinal ou sua restituição em dobro, pareceria que todos estes efeitos seriam consequência da simples mora no cumprimento. A isto acresce que uma oferta de cumprimento em relação a um contrato-promessa definitivamente incumprido faria pouco sentido.

A solução de que para a aplicação do 442º/2, bastaria a mera ocorrência de mora no cumprimento foi defendida por Antunes Varela e Menezes Cordeiro. No sentido de que se continuaria a exigir uma situação de incumprimento definitivo se pronunciaram Galvão Telles, Calvão da Silva (Drº Lacerda Barata também defende esta posição). Posição intermédia – Almeida Costa.

Para Prof. ML deverá referir-se que o art 442º/3, é uma norma específica sobre o regime do contrato-promessa, pelo que dele não poderão ser extraídas conclusões sobre o funcionamento do regime do sinal em geral, previsto nos arts 442º/1 e 2, 1ª parte. Ora, em relação, ao sinal em geral, parece-nos claro que a lei exige o **incumprimento definitivo da obrigação**, uma vez que seria uma sanção excessiva e desproporcionada que um simples atraso no cumprimento (por ex.: dois dias), legitimasse a outra parte de exigir as sanções correspondentes à perda do sinal ou à sua restituição em dobro. Esta solução, introduziria uma quebra sistemática com o regime da cláusula penal, com qual o sinal parcialmente se identifica, dado que esta só pode ser exigida com o incumprimento definitivo da obrigação, a menos que as partes a estabeleçam para o atraso da prestação (811º/1).

Mas se é esta a interpretação correcta do regime geral do sinal, não se vê que no contrato-promessa haja algo que possa justificar a aplicação de uma solução diferente, que seria a perda ou restituição do sinal em dobro em caso de simples mora. Efectivamente, seria absurdo que, por algum dos promitentes não outorgar na data prevista o contrato definitivo (por ex., por simples esquecimento) a outra parte pudesse conservar definitivamente o sinal ou exigir a sua restituição em dobro. A única solução é assim exigir, para a obtenção destes efeitos, a **transformação da mora em incumprimento**

**definitivo, por objectiva perda do interesse na prestação ou pela fixação de um prazo suplementar de cumprimento (808°).**

Mas se estes efeitos do sinal ocorrem apenas em caso de incumprimento definitivo, já a opção pelo **aumento do valor da coisa ou do direito pode ocorrer antes, em caso de simples mora, valendo esta como renúncia do promitente comprador a desencadear o mecanismo do sinal, uma vez verificado o incumprimento definitivo.** Efectivamente, neste caso, o promitente comprador, perante a mora, avisa o promitente vendedor que, caso venha a incumprir definitivamente a obrigação não poderá prevalecer-se da estipulação da indemnização através do sinal. Perante esta opção, o promitente vendedor tem ainda como alternativa cumprir a obrigação, a menos que se venha a verificar o incumprimento definitivo, pela perda de interesse ou pela ultrapassagem suplementar do prazo de cumprimento (808°), caso em que terá sempre que pagar o aumento do valor da coisa ou do direito.

Assim, a **perda do sinal ou a sua restituição em dobro pressupõem o incumprimento definitivo (art 442°/2).** Já a opção pelo **aumento do valor da coisa, na medida em que admita ainda um posterior cumprimento, pode ocorrer em caso de simples mora.** Esta opção vem referida no art 442°/3. onde também se prevê a execução específica, cujo pressuposto é, a mora e não o incumprimento definitivo.

..... (falta aqui um Questão... pag 226).

Do art 442°/4 resulta que o sinal funciona como **fixação antecipada da indemnização devida,** em caso de não cumprimento, pelo que a parte não poderá reclamar outras indemnizações, para além das previstas nesta disposição. Admite-se, porém, estipulação em contrário. Neste caso, a convenção de sinal funcionará como um limite mínimo da indemnização, que não impedirá a parte lesada de reclamar uma quantia superior se demonstrar que sofreu danos mais elevados.

Deve referir-se, porém, que esta norma apenas exclui outras indemnizações resultantes do não cumprimento do contrato-promessa, e não a aplicação genérica à obrigação emergente do sinal do regime do não cumprimento das obrigações. Assim, se o contraente faltoso não cumprir a obrigação de restituição do sinal em dobro, poderá naturalmente ser-lhe exigida indemnização pela mora, ou incumprimento definitivo.

*Sobrevalorização do contrato-promessa em relação ao contrato definitivo*

-  
-

### **C) Funções do sinal**

Para o Prof. ML o sinal só pode ser exigido em caso de incumprimento definitivo da obrigação pela outra parte, funcionando como pré-determinação das consequências desse incumprimento. Não é, por isso, um preço de arrependimento, não se podendo assim qualificar como penitencial. Por isso, **o sinal tem natureza confirmatório-penal.**

*A atribuição do direito de retenção ao promitente que obteve a tradição da coisa*

A situação do beneficiário da promessa de transmissão ou constituição do **direito real**, que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido é ainda complementada, em termos de garantia, com a atribuição no **art 755º f)** de um direito de retenção sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art **442º**. O beneficiário deste tipo de promessas, que obteve a tradição da coisa, não tem assim apenas um direito de crédito à celebração do contrato prometido, mas também um **direito real de garantia, oponível erga omnes, que justifica que se possa conservar a posse da coisa até ver satisfeito o seu crédito.**

A atribuição deste direito de retenção suscitou bastante controvérsia na doutrina, pelo facto de prevalecer sobre as hipotecas, mesmo que registadas anteriormente (759º/2). Para o Prof. ML deverá efectuar-se uma interpretação restritiva do art 755º f), a única que pode harmonizar o direito de retenção do titular da promessa de constituição ou transmissão de direito real com os direitos de credor hipotecário.

Chama-se a atenção que os **créditos referidos no 755º f) são apenas a restituição do sinal em dobro e o direito ao aumento do valor da coisa**, e não a indemnização geral por incumprimento, prevista no 798º. Daqui resulta, que o direito de retenção atribuído no art 755º f) **pressupõe, além da tradição da coisa, a estipulação de sinal**. Efectivamente, caso não tenha sido estipulado sinal, a tradição da coisa apresenta-se como um acto de mera tolerância, não havendo razão para penalizar o promitente vendedor, através da atribuição à parte contrária de uma garantia como o direito de retenção. Na verdade, a restituição do sinal em dobro ocorre, haja ou não haja tradição da coisa, como consequência do não cumprimento da obriga de contratar, não se vendo justificação para que a tradição da coisa implique a atribuição da garantia suplementar do direito de retenção a essa obrigação.

Daqui, poder-se-á então inferir que o direito de retenção, consagrado no art 755º f) só tem conexão c o direito ao aumento do valor da coisa ou do direito, que é o único crédito resultante do não cumprimento que tem uma relação directa com a coisa a reter. Parece, assim, que o credor só deve poder exercer a retenção em relação ao seu crédito. Assim, a retenção não deve poder ser exercida em relação ao crédito da restituição do sinal em dobro, mas apenas em relação ao aumento do valor da coisa, se o credor optar por essa alternativa. E, mesmo no caso de exercer essa opção, não devem ficar garantidos pelo direito de retenção os créditos relativos à restituição do sinal (em singelo) e do preço pago, uma vez que em relação a estes falta também a conexão directa com a coisa.

Com esta interpretação restritiva, aliás baseada no fundamento comum do direito de retenção, se consegue harmonizar os direitos dos credores hipotecários com os direitos do promitente comprador.

#### *A eficácia real do contrato-promessa*

A lei permite ainda a **atribuição de eficácia real ao contrato-promessa**, no caso de a promessa respeitar a bens imóveis ou a móveis sujeitos a registo, e as partes declarem expressamente a atribuição de eficácia real e procedam ao seu registo **(413º/1)**. O contrato-promessa com eficácia real está sujeito a uma forma mais solene, uma vez que é exigida escritura pública, a menos que seja exigida essa forma para o contrato prometido, caso em que basta um simples documento particular, que a lei exigia que tivesse reconhecimento de assinatura (413º/2).

Cumpridos estes requisitos, o contrato-promessa adquire eficácia real, o que significa que o direito à celebração do contrato definitivo prevalecerá sobre todos os direitos reais que não tenham registo anterior ao registo da promessa com eficácia real. Neste caso, parece que o direito à celebração do contrato definitivo pode ser sempre exercido, mesmo que as partes decidam constituir sinal ou estabelecer penalizações para o incumprimento ou inclusivamente celebrar convenção contrária à execução específica.

É controvertida a natureza do direito do beneficiário da promessa com eficácia real. Para o Prof. ML, o exercício da eficácia real não corresponde a uma acção judicial típica, devendo considerar-se como uma acção declarativa constitutiva, eventualmente cumulável com um pedido de restituição, a instaurar em litisconsórcio necessário contra o promitente e o terceiro adquirente, destinada a fazer prevalecer o direito de aquisição do promitente comprador sobre a aquisição desse terceiro.

### **. Pacto de preferência**

#### *Noção e qualificação jurídica*

Pacto de preferência – convenção pela qual alguém assume a obrigação de escolher outrem como contraente, nas mesmas condições negociadas com terceiro, no caso de decidir contratar.

Aparece regulado no **art. 414.º**. A lei referiu-se expressamente aos casos de preferência na venda, mas o pacto de preferência é uma figura mais geral, uma vez que o **art. 423.º**, admite igualmente a assunção da obrigação de preferência em relação a outros contratos, com ela compatíveis. Estarão nesta situação naturalmente todos os contratos onerosos, que não tenham cariz intuitu personae.

Pergunta-se se quanto aos contratos gratuitos (por exemplo, a doação) se poderá assumir obrigações de preferência? A resposta do Prof. Menezes Leitão é que não, por duas ordens de razão: pelo carácter da própria obrigação, em contratos gratuitos, dado que esta não pressupõe a concorrência entre duas partes; e pela liberalidade que lhes está subjacente. O Prof. Menezes Cordeiro diz que é possível, pela autonomia privada (art. 405.º).

O pacto de preferência constitui, à semelhança do contrato-promessa, um contrato preliminar de outro contrato. Aqui o obrigado à preferência não se obriga a contratar, mas apenas a escolher alguém como contraente, no caso de decidir contratar, se esse alguém lhe oferecer as mesmas condições que conseguiu negociar com terceiro. Por outro lado, é também unilateral, uma vez que só uma parte assume obrigação, ficando a outra parte (o titular da preferência) livre de exercer ou não o seu direito.

### **. Forma do pacto de preferência**

Em matéria de forma, o pacto de preferência encontra-se sujeito ao mesmo regime do contrato-promessa (**art. 415.º**), o que significa que regra geral a validade do contrato preferível não depende de forma especial, apenas se exigindo que o pacto de preferência conste de documento particular se for exigido documento autêntico para o contrato principal (**art. 410.º, n.º2**). O documento do qual conste o pacto de preferência só tem de ser assinado por uma das partes, o obrigado. Não se aplica ao pacto de

preferência o regime do **art. 410.º, n.º3**, pelo que esse documento não estará em caso algum sujeito a mais formalidades.

As posições pessoais resultantes do pacto de preferência não se transmitem (caducam), salvo estipulação em contrário (art. 420.º).

### **. Os direitos de preferência com eficácia real**

Normalmente a estipulação do pacto de preferência atribui apenas ao seu beneficiário um direito de crédito contra a outra parte. Ora, esse direito está sujeito às características comuns dos direitos de crédito, entre as quais se inclui a relatividade, pelo que, em princípio, não pode ser oposto a terceiros.

A lei admite que ao direito de preferência seja atribuída eficácia real, desde que, respeitando a bens imóveis ou a móveis sujeitos a registo, as partes explicitamente o estipulem, celebrem o pacto de preferência por escritura pública ou, quando não seja exigida essa forma para o contrato prometido, por documento particular com assinatura do obrigado, referindo a entidade emitente, data e número do seu documento de identificação, e procedam à respectiva inscrição no registo (**arts. 421.º e 423.º**).

Por vezes a lei concede a certos titulares de direitos reais ou pessoais de gozo sobre determinada coisa a preferência na venda ou dação em cumprimento da coisa objecto desse direito. É o caso, por exemplo, do comproprietário (**art. 1409.º**), do arrendatário, e do proprietário de solo (**art. 1535.º**). Nessa situação, estamos perante o que se denomina de preferências legais, as quais se caracterizam por terem sempre eficácia real, permitindo aos que dela disfrutam exercer o seu direito de preferência, mesmo perante o terceiro adquirente.

A atribuição de eficácia real ao pacto de preferência coloca o problema do seu eventual conflito com os direitos legais de preferência. A lei vem esclarecer essa questão, determinando que o direito convencional de preferência não prevalece contra os direitos reais de preferência (**art. 422.º**), o que corresponde à sua solução lógica, uma vez que não faria sentido que as partes através de convenção tivessem a possibilidade de afectar direitos legalmente atribuídos.

### **. A obrigação de preferência**

A lei regula genericamente o regime da obrigação de preferência nos **arts. 416.º a 418.º**. Esse regime é também aplicável em relação aos direitos legais de preferência. Relativamente à forma de cumprimento da obrigação de preferência, ela encontra-se prevista no **art. 416.º** que nos refere:

“1 - Querendo vender a coisa que é objecto do pacto, o obrigado deve comunicar ao titular do direito o projecto de venda e as cláusulas do respectivo contrato”. 2 – “Recebida a comunicação, deve o titular exercer o seu direito dentro do prazo de oito dias, sob pena de caducidade, salvo se estiver vinculado a prazo mais curto ou obrigado lhe assinar prazo mais longo”.

Esta disposição levanta dúvidas interpretativas:

Resulta, em primeiro lugar, desta norma que **a forma adequada de cumprir a obrigação de preferência é efectuar uma comunicação para preferência**. A lei não exige uma forma específica para essa comunicação, nem para o posterior exercício do direito, o que implica que ela possa ser

inclusivamente verbal, ao abrigo do **art. 219.º** (embora as partes quase sempre optem por fazer estas comunicações por escrito, como forma de se precaverem para a hipótese de posterior discussão judicial da questão).

Por outro lado, ao se referir ao projecto de venda e às cláusulas do respectivo contrato, parece claro que a comunicação da preferência tem que estabelecer por referência a existência de um contrato preferível, não podendo ser considerada como comunicação para preferência a emissão de propostas contratuais ou de convites a contratar (não é, portanto, comunicação para preferência aquela em se pergunte simplesmente: “Queres comprar por 100?”. Deve antes informar-se: “Vou vender a X por 100”. Queres preferir”). Assim, caso o titular da preferência rejeite uma proposta contratual ou convite a contratar não perde, o seu direito de preferência, mesmo que o contrato preferível tenha exactamente o mesmo conteúdo que a proposta ou convite rejeitados. Se vier a ser celebrado o contrato em consequência dessa proposta ou convite, o direito de preferência extingue-se-á por inutilidade.

A comunicação para a preferência não pode ser realizada logo que o obrigado se encontre na situação de «querer vender», ao contrário do que parece resultar do **art. 416.º, n.º1**. Exigir-se-á antes uma negociação com terceiro, com o qual sejam acordadas as cláusulas a comunicar, designadamente preço e condições de pagamento. A comunicação para preferência terá que ser efectuada antes da celebração de um contrato definitivo com o referido terceiro, pois no caso contrário já teria ocorrido o incumprimento da obrigação de preferência.

Quanto ao conteúdo da comunicação para a preferência. Ao se referir não apenas o projecto de venda, mas também as cláusulas do respectivo contrato, a lei esclarece que não basta indicar os elementos gerais do negócio, mas que terão igualmente que ser comunicadas todas as estipulações particulares acordadas, que sejam relevantes para a decisão de exercício da preferência.

A lei não esclarece ainda uma outra questão que é a de se a comunicação para a preferência deve conter igualmente o nome do terceiro, com o qual foram negociadas as condições comunicadas.

Oliveira Ascensão – a lei apenas faz referência a cláusulas do contrato, e o nome do terceiro não pode considerar-se abrangido por essa referência.

Menezes Cordeiro – entende que o princípio da boa fé impõe que o nome do terceiro tenha que ser obrigatoriamente indicado na comunicação de preferência.

Menezes Leitão – o nome do terceiro adquirente, desde que esteja determinado, tem que ser sempre indicado na comunicação para preferência havendo que mencionar a situação de indeterminação no caso contrário. Efectivamente, a função do pacto de preferência é permitir que o titular da preferência possa optar por contratar com o obrigado, em igualdade de condições com as que este conseguiu numa negociação com um terceiro.

Efectuada a comunicação para a preferência, conforme se referiu, o titular tem que exercer o seu direito no prazo de oito dias, salvo se o pacto de preferência, ambas as partes perdem a liberdade de decidir celebrar ou não o contrato, praticando um facto ilícito se voltarem atrás com a sua decisão.

Para o Prof. Menezes Leitão com a comunicação e exercício da preferência, ambas as partes formulam uma proposta de contrato e respectiva aceitação, que em princípio deveria implicar sem mais a celebração do contrato definitivo, desde que estejam preenchidos os seus requisitos de forma. Quando tal

não suceda, essas declarações poderão ainda valer como promessas de contratar, caso tenha sido observada a respectiva forma, o que permitirá o recurso à execução específica prevista no 830º, em caso de não cumprimento. Se nem sequer essa forma for observada, haverá responsabilidade pré-contratual (227º), subsistindo a obrigação de preferência, que só é definitivamente incumprida com a celebração de contrato incompatível com um terceiro.

O direito de preferência só surge caso o obrigado tome a decisão de celebrar o contrato em relação ao qual tenha cedido preferência, não havendo naturalmente incumprimento da obrigação de preferência se o obrigado celebrar um contrato de natureza diferente do contrato preferível, mesmo que esse contrato implique a não celebração em definitivo do contrato preferível (se alguém se compromete a dar preferência no arrendamento de uma casa e posteriormente decide vendê-la, não ocorre incumprimento). Há, no entanto, duas hipóteses que a lei considerou poderem ainda justificar a manutenção da preferência, que são:

União de contratos (**art. 417.º**) – refere-se à hipótese de venda de uma coisa juntamente com outras, por um preço global. Trata-se de um situação de união entre diversos contratos de compra e venda, pela estipulação de um preço comum para várias coisas vendidas simultaneamente. Nesse caso, haverá que distinguir entre união interna e externa.

Sendo externa a união de contratos, há apenas uma estipulação comum do preço, sem qualquer dependência entre os vários contratos, pelo que nada impede o titular de exercer a preferência pelo preço que for atribuído proporcionalmente à coisa.

Já essa união for interna, existe dependência entre os diversos contratos, pelo que o exercício da preferência pelo titular afectaria toda a união de contratos, o que justifica que se permita ao obrigado exigir que a preferência se faça em relação a todas as coisas vendidas. Exige-se para tal que a quebra da união interna acarrete prejuízos objectivamente apreciáveis para uma das partes.

Contratos mistos (**art. 418.º**) - refere-se apenas aos contratos mistos complementares, o que justifica que se questione se é possível exercer a preferência em relação aos outros tipos de contratos mistos. Em relação aos **contratos múltiplos ou combinados** (transmissão de um bem com um obrigação principal de prestação de serviços, a título oneroso) ou aos contratos de tipo **duplo ou geminados** (transmissão de um bem como contrapartida de uma prestação de serviços), **não nos parece possível o exercício da preferência**, uma vez que o contrato efectivamente realizado não corresponde ao contrato em relação ao qual se concedeu a preferência. Já quanto aos **contratos mistos cumulativos ou indirectos** (venda com preço a favor), é claramente **admissível o exercício da preferência**, uma vez que foi efectivamente celebrado um contrato em relação ao qual se concedeu a preferência, mesmo que no caso concreto as partes tenham utilizado a sua estrutura contratual para fins distintos dos que lhe são típicos.

Só em relação aos contratos complementares, em que ao contrato típico se acrescenta uma prestação acessória típica de outro contrato (compra e venda com uma obrigação acessória de prestação de serviços pelo comprador), o **art. 418.º** permite o exercício da preferência, determinando que essa prestação acessória deve ser compensada em dinheiro. Caso, essa prestação acessória não seja avaliável em dinheiro, é excluída a preferência, a menos que seja lícito presumir que, mesmo sem a prestação estipulada, o contrato não deixasse de ser celebrado. A lei considera que a estipulação de prestações acessórias não avaliáveis em dinheiro torna o contrato celebrado distinto do contrato em relação ao qual

se concedeu a preferência, daí que seja excluída a preferência, salvo se essa prestação não tiver grande importância para a decisão de contratar do obrigado. Há, ainda, um caso em que à estipulação da prestação acessória não se reconhece qualquer efeito, que é a hipótese de ela ter sido convencionada para afastar a preferência. Neste caso, o preferente pode sempre exercer a preferência, nunca tendo que compensar essa prestação, mesmo que ela seja avaliável em dinheiro (**art. 418.º, n.º2**).

### **. A violação da obrigação de preferência**

#### **. A) A indemnização por incumprimento em caso de simples eficácia obrigacional**

A obrigação de preferência é definitivamente incumprida a partir do momento em que o obrigado à preferência vende a coisa a terceiro, sem efectuar qualquer comunicação para a preferência ou se o titular tiver comunicado, dentro do prazo, a intenção de exercer a preferência. Essa venda a terceiro provoca, assim, incumprimento definitivo da obrigação de preferência, o que implicará que o titular da preferência adquira o direito a uma indemnização por incumprimento (**art. 798.º**). Em virtude de os direitos de crédito não prevalecerem contra direitos reais, estará vedada ao obrigado reclamar a coisa do terceiro adquirente.

#### **. B) A acção de preferência em caso de haver eficácia real**

Vimos que o direito de preferência pode gozar de eficácia real, o que sucederá sempre que se trate de direitos legais de preferência, ou caso as partes atribuam essa característica ao pacto de preferência, cumprindo os requisitos de forma e publicidade para tal exigidos (**art. 413.º** aplicável por força do **art. 421.º**). Nesse caso, o titular da preferência não possui apenas um direito de crédito à preferência, mas também um direito real de aquisição, que pode opor erga omnes, mesmo a posteriores adquirentes da propriedade.

A lei esclarece neste caso que o processo adequado para o exercício do direito de preferência é a denominada acção de preferência. Esta vem prevista no **art. 1410.º**, a propósito da preferência do comproprietário, mas é extensível a qualquer titular de direitos reais de preferência (**art. 421.º, n.º2 e 1535.º, n.º2**). Esta acção deve ser intentada no prazo de seis meses a contar da data em que o titular da preferência teve conhecimento dos elementos essenciais da alienação, tendo como condição de procedência que ocorra o depósito do preço devido nos quinze dias posteriores à propositura da acção.

Uma dúvida que se colocou na doutrina diz respeito à legitimidade passiva para a acção de preferência:

Menezes Cordeiro: o obrigado à preferência não seria, enquanto tal, parte legítima para a acção de preferência, só o sendo caso o titular da preferência decida simultaneamente exigir uma indemnização. A fundamentação apresentada para esta solução é a de que na acção de preferência se discute unicamente se o bem é atribuído ao titular da preferência ou permanece na propriedade já recebeu o preço que lhe era devido, nada mais tendo a ganhar ou a perder.

Antunes Varela: o Prof. Menezes Leitão concorda com ele. Efectivamente, o que dá causa à acção de preferência é o incumprimento da obrigação de preferência por parte do obrigado, não fazendo sentido que essa questão fosse apreciada sem que ele seja chamado à acção (**art. 3º do C.P.C.**).

Outra questão que suscitou dúvidas residiu em determinar se o depósito do preço devido exigido no **art. 1410.º** abrange apenas o preço propriamente dito, ou também as outras despesas que, por lei, devem ficar a cargo do comprador como a sisa ou os emolumentos notariais. A solução correcta deve ser a de que apenas é exigido o depósito do preço devido, ainda que o preferente deva, no caso de ficar também sujeito às mesmas despesas com a sisa e a escritura e na medida em que o ficar, reembolsar ao terceiro as despesas por ele suportadas, sem o que haveria enriquecimento sem causa.

Outra questão levantada pela acção de preferência prende-se como problema da simulação de preço (**art. 240.º e ss**). Efectivamente, as partes no intuito de enganar terceiros podem por acordo celebrar um negócio que não corresponda à sua verdadeira vontade. Essa simulação pode passar pela indicação de um preço superior, no intuito de defraudar o próprio exercício da preferência, ou inferior, no intuito de evitar o pagamento dos impostos de transmissão. Como realizar o exercício de preferência numa situação deste género?

Se o preço declarado para a transmissão é superior ao preço efectivamente praticado, nenhuma dúvida existe no sentido de que o titular da preferência deve exercê-la pelo preço real. Efectivamente, nesse caso o negócio simulado é nulo (**art. 240.º, n.º2**), sendo válido o dissimulado (**art. 241.º**), pelo que a preferência é naturalmente exercido em relação ao negócio válido.

Se o preço declarado para a transmissão é inferior ao preço efectivamente praticado, a questão torna-se mais complexa, parecendo que a lei vedaria aos simuladores a possibilidade de exigir que a preferência seja efectuada pelo preço real. Com efeito, o preferente sustenta-se com base no negócio nulo, pelo que a preferência só poderia ser afastada através da invocação dessa nulidade. Só que o **art. 243.º, n.º1** proíbe a arguição da nulidade proveniente da simulação por parte dos simuladores contra terceiro de boa fé, constituindo a boa fé na ignorância da simulação ao tempo em que foram constituídos os respectivos direitos (**art. 243.º, n.º2**). Por outro lado, a lei é extremamente restritiva em relação à prova da simulação, uma vez que exclui o recurso à prova testemunhal (**art. 394.º, n.º2**), bem como às prestações judiciais (**art. 351.º**), o que restringiria em termos práticos a possibilidade de os simuladores demonstrarem com êxito a simulação, sustentando Antunes Varela que a lei vedaria aos simuladores exigir que a preferência seja exercida com base no preço real.

Contra esta interpretação pronunciou-se Menezes Cordeiro. Sustenta-se que o não permitir aos simuladores exigir que a preferência seja realizada pelo preço real, equivale a autorizar um enriquecimento ilegítimo do preferente à custa dos simuladores. Com efeito, interpreta-se o **art. 243.º, n.º2**, não considerando a situação do preferente neste caso como a de um terceiro de boa fé, inicialmente com o argumento de que o seu direito de adquirir por determinado preço só se constituiria com a sentença que julgasse procedente a acção de preferência, posteriormente, com o argumento de que o preferente não faz qualquer investimento de confiança, que justifique a sua tutela através da boa fé.

A jurisprudência tem-se orientado nesse sentido. As dificuldades de prova levantadas pelo **art. 394.º, n.º2**, a esta solução têm sido torneadas através da defesa de uma interpretação restritiva desta disposição, segundo a qual bastaria um princípio de prova documental para logo se admitir a sua

complementação através de testemunhas. A jurisprudência tem seguido essa orientação, aceitando para o efeito inclusivamente escrituras de rectificação. Para além disso, tem-se admitido a possibilidade de os simuladores serem ouvidos através de depoimento de parte.

Para o Prof. Menezes Leitão essa solução contraria frontalmente, e deforma artificiosa, a disposição do **art. 394.º, n.º2**, a pretexto de uma tutela da posição dos simuladores, cuja justificação se apresenta como duvidosa. A lei quis evitar que, com base numa prova testemunhal de conteúdo autêntico, na qual os terceiros confiam para exercer os seus direitos. Daqui que não seja admitido que a confiança do terceiro na veracidade do negócio constante do documento autêntico possa ser elidida com base na prova testemunhal. E, sendo proibida a prova testemunhal, menos admissível ainda será a prestação de depoimento de parte. Para além disso a celebração de escrituras de rectificação parece ilegal, uma vez que o **art. 1410.º, n.º2**, veda que a modificação ou distrate da alienação possa prejudicar o exercício da preferência, não se vê como uma escritura de rectificação, alegando simulação, poderia ter esse efeito, já que tal equivaleria a deixar entrar pela janela o que a lei quis evitar fechando essa porta.

Finalmente, note-se que é condição de procedência da acção de preferência que o preferente deposite o preço devido nos quinze dias posteriores à interposição da acção (**art. 1410.º, n.º1**). Defender que o preferente é obrigado a preferir pelo preço real, em caso de simulação, implicaria não ter depositado o preço devido dentro do prazo legal, inviabilizando-se assim o exercício da preferência, o que julgamos ser a solução que ninguém defenderá.

Por outro lado, não julgamos correcto afirmar que não existe qualquer investimento de confiança por parte do titular da preferência. Efectivamente, note-se que poucos dias após a interposição da acção ele tem que depositar o preço devido, e para fazer o preferente pode ter tido custos consideráveis. Ora, seria manifestamente iníquo que, tendo o preferente feito o que a lei lhe exigia para procedência da acção de preferência, e suportado despesas para que esse efeito, visse no fim improceder a respectiva acção, por os simuladores virem, em contrariedade ao **art. 243.º, n.º2**, invocar a simulação do preço que eles próprios tinham declarado em documento autêntico e em cuja exactidão o preferente confiou.

O Prof. Leitão adere à posição de que o titular da preferência pode exercê-la pelo preço simulado.

### **. A natureza da obrigação de preferência**

Galvão Telles – a obrigação de preferência corresponderia a uma verdadeira obrigação de contratar, sujeita simultaneamente a uma condição potestativa a parte debitoris, a de que o devedor tome a decisão de contratar, e uma condição potestativa a parte creditoris, de que o credor queria exercer a preferência.

Carlos Barata – a obrigação de preferência teria antes um conteúdo negativo: o de não celebrar com mais ninguém o contrato, em relação ao qual se deu preferência, a não ser com o titular da preferência, salvo se este renunciar à preferência. O Prof. Menezes Leitão adere a esta posição, dado que a preferência só é violada quando é celebrado um contrato incompatível com a preferência.

Menezes Cordeiro – não existe na obrigação de preferência nem uma obrigação de contratar, nem um negócio condicional, tendo, porém, a obrigação conteúdo positivo: escolher o titular da preferência como contraparte, caso se decidir a contratar.

## **. O conteúdo dos contratos**

### **Contrato a favor de terceiro**

#### **Definição e estrutura do contrato a favor de terceiro**

O contrato a favor de terceiro vem revisto nos arts 443º do CC. Pode ser definido como o *contrato em que uma das partes (o promitente) se compromete perante outra (o promissário) a efectuar uma atribuição patrimonial em benefício de outrem, estranho ao negócio (o terceiro)*. Essa atribuição patrimonial consiste normalmente na realização de uma prestação (443º/1), mas pode igualmente consistir na liberalização de uma obrigação, ou na cessão de um crédito, bem como na constituição, modificação, transmissão ou extinção de um direito real (443º/2).

Essa atribuição patrimonial a realizar pelo promitente é, no entanto, determinada pelo promissário, que tem aliás que ter em relação a ela um interesse digno de protecção legal (443º/1). No âmbito do contrato a favor de terceiro verifica-se, por isso, por desejo do promissário, uma atribuição patrimonial indirecta deste ao terceiro, que é executado pelo promitente. O terceiro, no entanto, não é interveniente no contrato, embora adquira um direito contra o promitente, em virtude do compromisso deste para com o promissário.

O contrato a favor de terceiro pode ser analiticamente decomposto em três relações:

- a) uma relação de cobertura (ou relação de provisão);
- b) uma relação de atribuição (ou relação de valuta);
- c) uma relação de execução;

A relação de cobertura consiste numa relação contratual entre promitente e promissário, no âmbito da qual se estabelecem direitos e obrigações entre as partes, podendo inclusivamente a estipulação a favor de terceiro ser, em relação a elas, uma mera cláusula acessória (449º).

A relação de atribuição é a que existe ou se estabelece entre o promissário e o terceiro e justifica a outorga desse direito a terceiro, tendo por base um interesse do promissário nessa concessão (443º/1). Essa relação pode identificar-se com uma relação jurídica pré-existente ou pode consistir, numa relação constituída por intermédio do próprio contrato a favor de terceiro.

Já a relação de execução consiste na relação entre o promitente ao terceiro, no âmbito da qual ele vem a executar a determinação do promissário.

#### **Modalidades de contrato a favor de terceiro**

##### **O regime normal do contrato a favor de terceiro**

O contrato a favor de terceiro faz nascer automaticamente um direito para o terceiro, o qual se constitui independentemente de aceitação deste (444º/1), sendo nessa medida uma excepção ao regime de ineficácia dos contratos em relação a terceiros (406º/2). A lei seguiu aqui a teoria do incremento nos

termos da qual a aquisição do terceiro se verifica imediatamente em virtude do contrato celebrado entre o promitente e promissário, dispensando-se qualquer outra declaração negocial para esse efeito.

A **celebração do contrato atribui directamente o direito ao terceiro**. No entanto, admite-se que o terceiro possa rejeitar a promessa, mediante declaração ao promitente, que a deve comunicar ao promissário (447º/1), caso em que se extinguirá o direito por si adquirido.

A lei prevê ainda a possibilidade de o terceiro aderir à promessa (447º/1). Neste caso, a adesão não se destina a permitir a terceiro a aquisição do direito, uma vez que, conforme se referiu, este é adquirido logo com a celebração do contrato. A sua função é antes impedir a revogação da promessa, a qual pode ser efectuada enquanto a adesão não for manifestada (448º/1). Em princípio essa revogação compete ao promissário, mas necessita do acordo do promitente, quando a promessa tenha sido efectuada no interesse de ambos (448º/2). Mesmo quando o terceiro manifesta a sua adesão a promessa poderá ainda ser revogada no caso de só dever ser cumprida após a morte do promissário (448º/1), ou, em se tratando de liberalidade, se se verificaram os pressupostos da revogação por ingratidão do donatário (450º/2 e 970º).

O contrato a favor de terceiro faz nascer directamente um crédito na esfera jurídica do terceiro (444º/1), legitimando-o a exigir o cumprimento da promessa. O terceiro não se limita, por isso, a ser apenas o receptor material da prestação, possuindo face ao promitente um direito de crédito a essa mesma prestação. No entanto, normalmente também o promissário pode exigir do promitente o cumprimento da sua obrigação (44º/2), o que se explica em virtude de ter sido ele a acordar com o promitente a realização da prestação a terceiro e possuir interesse jurídico no seu cumprimento. Parece, para o Prof. ML que existe aqui uma única prestação jurídica objectiva que permite a aquisição da prestação, que é o direito de crédito do terceiro, independentemente de a vinculação subjectiva do promitente ocorrer tanto em relação ao terceiro como ao promissário.

A lei procura ainda resolver o problema das relações entre o promissário e pessoas estranhas ao benefício (451º/1), designadamente para os casos em que a diminuição do património do promissário, gerada pela sua atribuição ao terceiro, não seja legalmente permitida e deva por isso ser revertida, como sucede nas hipóteses de colação (2104º), imputação ou redução das doações (2114º e 2168º). Nesses casos, a interposição da prestação do promitente poderia colocar em dúvida qual o valor que se deveria tomar em conta para efeitos dessa restituição: a diminuição patrimonial por parte do promissário ou a efectiva aquisição por parte de terceiro. A lei vem esclarecer que apenas o primeiro desses valores é tomado em consideração para efeitos de aplicação destes institutos. No caso, porém, de se verificar a revogação por ingratidão do donatário, é o próprio bem recebido pelo terceiro ou o seu valor, que deve ser objecto de restituição ao promissário (art 451/2 e 974º).

### **Regimes especiais**

#### **A) A promessa de liberação de dívida como falso contrato a favor de terceiro**

A doutrina costuma realizar uma distinção entre os verdadeiros contratos a favor de terceiros (art 443º e 444º/1 e 2) e os falsos contratos a favor de terceiro ou contratos a favor de terceiro impróprios, de que seria exemplo a promessa de liberação (444º/3).

Estamos neste caso, perante uma situação em que o promitente e promissário acordam uma obrigação de resultado: a de que o promitente obterá a extinção de uma dívida que o promissário tem para com terceiro. Assim, o promitente não se obriga a realizar uma prestação a terceiro, mas apenas a conseguir obter a liberação da dívida do promissário.

Mas, embora o promitente não assuma uma obrigação perante o terceiro, para obter o resultado da liberação do promissário, naturalmente que terá que efectuar uma prestação a esse terceiro (cumprir a obrigação ou conseguir o seu acordo para satisfação do crédito por outra via). Só que essa prestação é meramente instrumental em relação à obrigação do promitente, que é antes a de obter a liberação do promissário. Nestes termos, considera-se que só o promissário (e não o terceiro) tem interesse na promessa. Daí que a lei considere que as partes não visaram atribuir ao terceiro qualquer direito de crédito, mas apenas proceder à exoneração do promissário, pelo que só o promissário (e já não o terceiro) poderá exigir do promitente o cumprimento da promessa.

Neste caso, e uma vez que não há qualquer direito atribuído a terceiro, é manifesto que não estaremos perante um verdadeiro contrato a favor de terceiro.

#### **B) As promessas em benefício de pessoas indeterminadas ou no interesse público**

Outra especialidade em relação ao regime normal consiste na situação de a designação do beneficiário da prestação, não se referir a uma pessoa determinada, mas antes a um conjunto indeterminado de pessoas ou corresponder mesmo a um interesse público. A especialidade consiste no facto de se estabelecer uma legitimidade difusa para a exigência da prestação, a qual pode ser efectuada não apenas pelo promissário ou seus herdeiros, mas também pelas entidades competentes para defender os interesses em causa (445º). Essas entidades não podem, porém, dispor do direito à prestação ou autorizar qualquer modificação do seu objecto (446º/1). Não possuem por isso um direito de crédito à prestação do promitente, mas apenas, um mero direito de reclamar a prestação do promitente para o fim estabelecido.

#### **C) A promessa a cumprir depois da morte do promissário**

A promessa a cumprir depois da morte do promissário faz excepção ao regime ao art 444/1, uma vez que o terceiro não pode exigir o cumprimento da promessa antes da verificação da morte do promissário. É duvidoso se neste caso as partes pretendem atribuir ao terceiro logo um direito de crédito sobre o promitente, o qual apenas se vencerá no momento da morte do promissário, ou se, pelo contrário, pretendem que o direito de crédito apenas se constitua após a morte do promissário, beneficiando até lá o terceiro apenas de uma expectativa jurídica. Teoricamente. A diferença entre as duas soluções é a de que, na primeira, em caso de o terceiro morrer antes do promissário, os seus herdeiros sucedem no seu direito sobre o promitente. No segundo caso, essa sucessão já não se verifica uma vez que o terceiro quando

morreu ainda não era titular de qualquer direito, que pudesse transmitir aos seus herdeiros, pelo que estes só poderiam adquirir a prestação com base no próprio contrato a favor de terceiro, ou seja, se também tivessem sido designados beneficiários a título subsidiário.

Numa clara contradição, a lei vem presumir que a estipulação das partes é no sentido de que o terceiro só adquire o direito com a morte do promissário (451º/1), mas que, se aquele falecer antes deste, os seus herdeiros são chamados no lugar dele à titularidade da promessa (451º/2).

A aparente contradição deve ser resolvida através da sua adequada interpretação. O que a lei estabelece são duas regras interpretativas: a de que o direito só é atribuído com a morte do promissário, e a de que o promissário designa subsidiariamente como beneficiários os herdeiros do terceiro, no caso de este falecer antes de adquirir esse direito. Naturalmente que qualquer das prestações pode ser ilidida (350º/2), através da estipulação de que a celebração do contrato faz adquirir imediatamente o direito, determinando a morte do promissário apenas o vencimento da obrigação, ou através da estipulação de que só o terceiro (e não os seus herdeiros) poderão beneficiar da promessa.

Uma outra característica específica da promessa a cumprir depois da morte do promissário é o facto de a promessa ser sempre revogável enquanto o promissário for vivo, independentemente da aceitação do terceiro (448º/1), o que, saliente-se, sucede quer o direito já tenha sido adquirido pelo terceiro, quer a aquisição apenas se verifique após a sua morte. A revogação, que compete ao promissário, pode ser expressa ou tácita, como sucederá na hipótese de o promissário resolver designar ao promitente outro beneficiário da promessa (ex: alteração do beneficiário de um seguro de vida).

### **O contrato para pessoa a nomear**

O contrato para pessoa a nomear verifica-se quando um dos intervenientes no contrato se reserva a faculdade de designar outrem para adquirir os direitos ou assumir obrigações resultantes desse contrato (452º/1). Trata-se assim de um caso em que se admite uma dissociação subjectiva entre a pessoa que celebra o contrato e aquela onde vão repercutir-se os respectivos efeitos jurídicos. Na verdade, efectuada a designação, os efeitos do contrato vão repercutir-se directamente na esfera do nomeado.

Não ocorre, por isso, qualquer transmissão entre o nomeante ou nomeado. Dá-se antes um fenómeno de substituição de contraentes, uma vez que, após a nomeação, o contraente nomeado adquire os direitos e assume as obrigações provenientes do contrato a partir do momento da celebração dele (455º/1). A nomeação tem assim eficácia retroactiva, tudo se passando como se o nomeado fosse parte do contrato desde o seu início.

A lei prevê que, se não for efectuada a nomeação nos termos legais, o contrato irá produzir os seus efeitos em relação ao contraente originário (455º/2). Admite-se, porém, estipulação em contrário, pelo que as partes podem acordar que, em caso algum, o contrato virá a produzir efeitos em relação ao contraente originário. Nessa hipótese, a não verificação da nomeação acarretará a ineficácia do contrato.

Para poder produzir os seus efeitos, a nomeação deve observar determinados requisitos legais. Assim, deve ser feita por escrito ao outro contraente no prazo convencionado, ou na falta de convenção, dentro de cinco dias, a contar da celebração do contrato (453º/1), e deve ser acompanhada para ser eficaz de instrumento de ratificação do contrato ou de procuração anterior à celebração deste (453º/2). Sendo

exigida a ratificação, esta deve ser outorgada por escrito (454º/1), ou revestir a forma do contrato celebrado, quando este tenha sido celebrado por documento com maior força probatória (454º/2).

O facto de o contrato estar sujeito a registo não é obstáculo à introdução de uma cláusula para pessoa a nomear, podendo nesse caso o registo ser realizado provisoriamente, em nome do contraente originário, com indicação da cláusula para pessoa a nomear, registando-se por averbamento a posterior nomeação do terceiro ou ausência dela (456º).

### **Natureza jurídica**

A natureza do contrato para pessoa a nomear é controvertida. A maioria da doutrina (Prof ML também) considera-o como um contrato celebrado simultaneamente em nome próprio e em nome alheio, sendo a sua celebração em nome próprio sujeita a uma condição resolutiva, e a sua celebração em nome alheio sujeita a uma condição suspensiva (a eficaz nomeação de terceiros).

### **Negócios unilaterais**

#### **O problema da eficácia dos negócios unilaterais**

Existe uma certa limitação à constituição de obrigações por negócio unilateral, contra a qual a doutrina opõe as seguintes objecções:

- 1) a constituição de obrigações por negócio unilateral implicaria a constituição de um direito de crédito na esfera jurídica alheia sem acordo do seu titular;
- 2) admitir a eficácia dos negócios unilaterais como constitutivos de obrigações poderia conduzir à criação de vinculações precipitadamente assumidas, sem a prévia obtenção do acordo das partes em relação a elas;

A primeira objecção é facilmente torneável, bastando consagrar também em relação aos negócios unilaterais a solução que vigora no contrato a favor de terceiro, em que o terceiro, embora adquira o direito, pode extinguí-lo mediante a comunicação da sua rejeição.

Já quanto à segunda objecção, para o Prof. ML esta não pode proceder, dado que implica um vínculo entre duas pessoas, se constitua antes que o futuro credor comunique a sua aceitação de uma proposta contratual nesse sentido, a qual é normalmente sujeita a apertados prazos de vigência. Apenas se a aceitação for emitida nesse período, ocorrerá a constituição do vínculo obrigacional, a qual não retroage ao momento em que o devedor emitiu a sua declaração negocial.

Foi, por esse motivo, defendida a solução de só o contrato seria fonte idónea para constituir obrigações. É o denominado princípio do contrato, do qual resulta que para a constituição de uma obrigação se exige não apenas uma declaração negocial do devedor, mas também uma declaração negocial ao credor, com ele convergente.

O nosso legislador não aceitou o princípio do contrato em termos absolutos, mas não deixou de considerar que só excepcionalmente se deveria admitir a constituição de obrigações por negócio unilateral. Por esse motivo, vem o art. 457.º do CC estabelecer um princípio da tipicidade dos negócios

unilaterais, estabelecendo que “a promessa unilateral de uma prestação só obriga nos casos previstos na lei”.

Menezes Cordeiro defende a ausência de tipicidade dos negócios unilaterais com fundamento no carácter totalmente livre da proposta contratual, negócio unilateral por excelência.

Para o Prof. ML encontra-se consagrada no art 457º a tipicidade dos negócios unilaterais enquanto fonte de obrigações, o que significa que, salvo nos casos previstos na lei, a emissão de uma simples declaração negocial não é vinculante para o seu autor em termos de constituição de obrigações, exigindo-se antes a celebração de um contrato.

### **Promessa de cumprimento e reconhecimento de dívida**

A promessa de cumprimento e reconhecimento de dívida aparece referida no art 458º/1. Resulta deste art. A ineficácia da estipulação e a sua relevância apenas para inversão do ónus da prova, o que corresponde à celebração de um acto jurídico simples.

A lei exige, em termos de forma, que a promessa ou reconhecimento constem de documento escrito, se outras formalidades não forem exigidas para a prova da relação fundamental (458º/2). Assim, a promessa de cumprimento ou reconhecimento de dívida, embora a sua eficácia seja limitada à prova da relação fundamental, está, pelo menos, sujeita à forma escrita, constituindo assim uma prova documental (362º) por documento particular (373º), admitindo-se, no entanto, que fique sujeita a uma forma superior, designadamente a escritura pública, caso a lei a exija para a prova da relação fundamental. Neste caso, tratar-se-á de uma prova por documento autêntico (369º e ss).

### **Promessa Pública**

Diz-se promessa pública a declaração negocial dirigida ao público, através da qual se promete uma prestação a quem se encontre em determinada situação ou pratique certo facto, positivo ou negativo. A lei determina que essa situação implica imediatamente, e sem necessidade de aceitação do beneficiário, a vinculação do promitente a essa promessa (459º/1). A promessa pública é assim um negócio unilateral constitutivo de obrigações não se confundindo por isso com outras declarações negociais dirigidas ao público – como a oferta ao público (230º/3) ou convite ao público para contratar – as quais se apresentam como partes integrantes do processo de formação de um contrato, sendo só com a conclusão deste que se constituem obrigações.

A promessa pública é assim uma declaração emitida através de anúncio público (pode revestir várias formas – rádio, tv, Internet). Essa declaração deve ter como conteúdo a promessa de uma prestação, atribuída a quem se encontre em determinada situação ou pratique um facto, positivo ou negativo. Uma vez emitida, a declaração tem como efeito a constituição imediata de uma obrigação, ficando o promitente desde logo vinculado à promessa (459º/1), mesmo ignorando quem é o beneficiário, que só virá a ser determinado posteriormente. Está-se, por isso, neste caso, perante uma obrigação de sujeito activo indeterminado, mas determinável. (511º), vindo a ocorrer essa determinação quando se souber quem se encontra na situação prevista ou vem a praticar o referido facto. De notar que, salvo

declaração em contrário, não são excluídos da atribuição do direito aqueles que se encontrem na situação prevista ou tenham praticado o facto, sem atender à promessa ou na ignorância dela (459º/2). Se na produção do resultado previsto tiverem cooperado várias pessoas, conjunta ou separadamente, e todas tiverem direito à prestação, far-se-á uma divisão equitativa desta, atendendo-se à parte que cada uma das pessoas teve nesse resultado (463º).

A extinção da promessa pública pode ocorrer por caducidade ou revogação. A caducidade opera em relação às promessas públicas em que o promitente fixa um prazo de validade ou este é imposto pela natureza ou fim da promessa (460º). Nestes casos, a promessa só é eficaz nesse prazo, pelo que se o direito não for exercido nesse período, extinguir-se-á por caducidade (331º).

Se, no entanto, a promessa não tem fixado um prazo de validade apenas se pode extinguir por revogação (460º). Esta é igualmente possível nas promessas com prazo estipulado, caso exista justa causa para a revogação (461º/1). A revogação, no entanto, só pode ser realizada na forma de promessa ou em forma equivalente (461º/2).

### **Concurso Público**

O concurso público constitui uma modalidade especial de negócio unilateral, distinta da promessa pública, em virtude de a oferta da prestação ocorrer como prémio de um concurso, o que justifica que tenha que ser fixado prazo para a apresentação dos concorrentes, sem que o negócio não será válido (463º/1). Posteriormente, a decisão sobre a admissão dos candidatos e sobre a atribuição do prémio caberá às pessoas designadas no anúncio como júri do concurso ou, se não houver designação, ao promitente (463º/2).

## **Secção III – FONTES DAS OBRIGAÇÕES BASEADAS NO PRINCÍPIO DO RESSARCIMENTO DOS DANOS**

### **A responsabilidade civil como fonte das obrigações. Classificações de responsabilidade civil.**

Denomina-se responsabilidade civil o conjunto de factos que dão origem à obrigação de indemnizar os danos sofridos por outrem. A responsabilidade civil consiste, por isso, numa fonte de obrigações baseada no princípio do ressarcimento dos danos.

A responsabilidade civil pode ser classificada em responsabilidade por culpa, pelo risco ou pelo sacrifício, consoante o título de imputação a que recorra para transferir o dano da esfera do lesado por outrem. Na responsabilidade por culpa, que é a regra geral (483.º/1), a responsabilização do agente pressupõe um juízo moral da sua conduta, que leve a efectuar uma censura ao seu comportamento. Na responsabilidade pelo risco, admitida só nos casos previstos na lei (483.º/2 e 499.º e ss.), prescinde-se desse juízo de desvalor, efectuando-se a imputação de acordo com critérios objectivos de distribuição do risco. Já na responsabilidade pelo sacrifício, também se prescinde de um juízo de desvalor da conduta do agente, sendo a imputação baseada numa compensação ao lesado, justificada pelo sacrifício suportado.

Esta classificação é importante para esclarecer as funções da responsabilidade civil. No caso da responsabilidade pelo sacrifício é manifesto que a responsabilidade desempenha exclusivamente funções de reparação do dano. Tal acontece também primordialmente na responsabilidade pelo risco que, no entanto, desempenha ainda limitadamente funções acessórias de prevenção. No caso de responsabilidade por culpa, além da função principal de reparação do dano, existe também uma clara função preventiva e punitiva, a qual se demonstra pela diminuição da indemnização em caso de negligência (494.º); pela repartição da indemnização em função da culpa dos agentes, em caso de pluralidade de responsáveis (497.º/2); pela redução ou exclusão da indemnização em caso de culpa do lesado (art 570.º), e pela normal irrelevância da causa virtual na responsabilidade civil.

A responsabilidade civil pode ainda ser classificada em responsabilidade civil delitual (ou extracontratual) e responsabilidade obrigacional (ou contratual). Na responsabilidade delitual está em causa a violação de deveres genéricos de respeito, de normas gerais destinadas à protecção doutrém, ou à prática de delituais específicos. Já a responsabilidade obrigacional resulta do incumprimento das obrigações. O nosso CC tratou separadamente estas duas categorias de responsabilidade nos arts 483.º e ss. e 798.º e ss., ainda que tenha sujeitado a obrigação de indemnização delas resultante a um regime unitário (arts 562.º e ss.).

Mantêm-se, no entanto, diferenças menores entre os dois regimes:

- a) Presume-se a culpa na responsabilidade obrigacional (799.º/1), mas não na delitual (487.º/1);
- b) A responsabilidade delitual tem prazos para prescrição mais curtos (498.º), enquanto a responsabilidade obrigacional é sujeita aos prazos de prescrição gerais das obrigações (309.º e ss.);
- c) É diferente o regime de responsabilidade por actos de terceiro (art 500.º e 800.º);
- d) Em caso de pluralidade de responsáveis na responsabilidade delitual o regime aplicável é o da solidariedade (497.º), ao passo que na responsabilidade obrigacional tal só acontecerá se esse regime vigorar para a obrigação incumprida;

Natureza responsabilidade delitual da obrigacional – pág. 269.

### **A responsabilidade civil por factos ilícitos.**

#### **A responsabilidade delitual**

##### *Pressupostos genéricos da responsabilidade delitual*

O art. 483.º vem estabelecer um cláusula geral de responsabilidade civil subjectiva, fazendo depender a constituição da obrigação de indemnização da existência de uma conduta do agente (facto voluntário), a qual represente a violação de um dever imposto pela ordem jurídica (ilicitude), sendo o agente censurável (culpa), a qual tenha provocado danos (dano), que sejam consequência dessa conduta (nexo de causalidade entre o facto e o dano).

Pressupostos da responsabilidade civil: Facto voluntário do agente; ilicitude; culpa; dano; nexo de causalidade entre o facto e o dano;

### O facto voluntário do lesante

Tratando-se de responsabilidade civil subjectiva, esta nunca poderia ser estabelecida sem existir um comportamento dominável pela vontade, que possa ser imputado a um ser humano e visto como expressai da conduta de um sujeito responsável. Não se exige, porém, que o comportamento do agente seja intencional ou sequer que consista numa actuação, bastando que exista uma conduta que lhe possa ser imputada em virtude de estar sob o controle da sua vontade. Não são, por isso, factos voluntários, por estarem fora do contrôle da vontade do agente, os acontecimentos do mundo exterior causadores de danos (queda de raios, tremores de terra, ciclones). Mas mesmo fenómenos respeitantes ao agente podem não constituir factos voluntários sempre que ao agente falte a consciência ou não possa exercer domínio sobre a sua vontade. Não envolve, por isso, a responsabilidade civil a situação do agente destruir um vaso de porcelana precioso, porque cai sobre ele em consequência de uma síncope cardíaca, ou foi submetido a coacção física para esse efeito. Se existir algum domínio da vontade já pode, porém, haver responsabilidade como na hipótese de a destruição do vaso ter resultado de um gesto brusco do agente.

O facto voluntário do agente pode revestir duas formas: a acção (483.º) e a omissão (486.º). Tratando-se de uma acção, a imputação da conduta ao agente apresenta-se como simples. Já no caso da omissão essa imputação ao agente exige algo mais: a sua oneração com um dever específico de praticar o acto omitido. Efectivamente, se existe um dever genérico de não lesar os direitos alheios, já não existe um correspondente dever genérico de evitar a ocorrência de danos para outrem, uma vez que a sua instituição multiplicaria exponencialmente as ingerências na esfera jurídica alheia, tornando a vida em sociedade impossível. Daí que para alguém ser responsável por omissão pelos danos sofridos por outrem se exija, para além dos outros pressupostos da responsabilidade delitual, um dever específico, que torne um particular sujeito garante da não ocorrência desses danos.

Conforme resulta do art. 486.º, esse dever específico de garante pode ser criado por contrato (alguém se obriga a vigiar um doente mental por forma a evitar que este se suicide) ou pode mesmo ser imposto por lei (491.º, 492.º; 493.º).

### A ilicitude

Para o Prof. ML a lesão de bens jurídicos só é imediatamente constitutiva de ilicitude no caso de o agente ter actuado com dolo. No caso de actuações meramente negligentes não se mostra suficiente a simples lesão de bens jurídicos, tendo que lhe acrescer a violação do dever de cuidado por parte do agente.

#### *A) A ilicitude por violação de direitos subjectivos*

A primeira variante de ilicitude prevista no art 483.º/1 do CC consiste na violação de direitos subjectivos. Esta modalidade de ilicitude tem como característica especial o facto de, ao se exigir uma lesão de um direito subjectivo específico, se limitar a indemnização à frustração das utilidades proporcionadas por esse direito, não se admitindo assim nesta sede a tutela dos danos puramente

patrimoniais. Efectivamente, neste caso a função da primeira variante de ilicitude prevista no art 483.º/1, não se reconduz à tutela genérica do património do sujeito, mas antes à tutela das utilidades que lhe proporcionava o direito subjectivo objecto de violação.

São abrangidos por esta modalidade de ilicitude os direitos sobre bens jurídicos pessoais como a vida, corpo, saúde e liberdade, cuja protecção tem, aliás, dignidade constitucional (24.º da CRP). A lesão de qualquer um destes bens é assim sancionada com a indemnização pelos prejuízos causados.

Também os outros direitos absolutos como os direitos reais, os direitos de propriedade industrial e os direitos de autor se encontram regulados pela responsabilidade civil. Haverá ilicitude sempre que o agente venha a lesar alguma das utilidades proporcionadas por esses direitos.

Já os direitos de crédito não são abrangidos pelo art 483.º (a sua tutela efectua-se pelo 798.º ou pelo 334.º).

Relativamente aos direitos familiares parece possível aqui incluir os direitos familiares de natureza patrimonial, como o direito dos cônjuges à menção dos bens comuns, e os direitos de administração sobre os bens dos menores. Já quanto aos direitos familiares de natureza pessoal (como direito à fidelidade do cônjuge ou o poder paternal sobre os filhos), não parece admissível a sua tutela através da responsabilidade civil delitual, em virtude de a lei estabelecer sanções de outra ordem para a sua violação.

Para além disso, haverá ilicitude sempre que sejam violados direitos de personalidade, como o direito ao nome (72.º), não divulgação de escritos confidenciais (75.º a 78.º), à imagem (79.º), etc..

Entre nós, tem-se vindo a sustentar a existência de um direito geral de personalidade, atendendo à consagração da tutela jurídica da personalidade física e moral no art 70.º e a previsão expressa da sua protecção pela responsabilidade civil (art. 70.º/2).

#### *B) A ilicitude por violação de normas de protecção*

Outra variante da ilicitude constante do art 483.º/1, refere-se às disposições legais destinadas a proteger interesses alheios, e que poderíamos designar de normas de protecção. Trata-se de normas que, embora dirigidas à tutela de interesses particulares não atribuem aos titulares desses interesses um verdadeiro direito subjectivo, por não lhes atribuírem em exclusivo o aproveitamento de um bem (exs : Violação de regras do Código da Estrada, Disposições do Código Penal).

Pressupostos:

- a) a não adopção de um comportamento, definido em termos precisos pela norma;
- b) que o fim dessa imposição seja dirigido à tutela de interesses particulares;
- c) a verificação de um dano no âmbito do círculo de interesses tutelados por essa via;

#### *C) Os tipos delituais específicos*

Para além da previsão geral da responsabilidade civil subjectiva no art 483.º, estendida à omissão do 486.º, encontram-se espalhados pelo CC diversas previsões delituais que permitem estabelecer tipos delituais específicos, para além das categorias gerais de ilicitude (pág. 282 a 288).

- a) O abuso de direito (334.º);
- b) A não cedência em caso de colisão de direitos (335.º);
- c) A ofensa ao crédito ou ao bom nome (484.º);
- d) A responsabilidade por conselhos, recomendações e informações (485.º);

*D) As causas de exclusão da ilicitude*

A lei prevê que, para haver responsabilidade, a violação dos direitos subjectivos ou das normas de protecção tem que ser realizada ilicitamente (art 483.º), admitindo assim a possibilidade de essa violação ser efectuada licitamente. Essa situação ocorrerá sempre que o agente tenha actuado no âmbito de uma causa de exclusão de ilicitude indiciada é, no caso concreto, excluída em virtude de o agente se encontrar no âmbito de uma situação específica que produz a justificação do facto.

Tradicionalmente, a doutrina admite as seguintes causas de justificação:

a) **exercício de um direito** – baseia-se num exercício de um direito considerando-se que, se alguém tem um direito subjectivo e o exerce, não deve responder pelos danos daí resultantes para outrem. Assim, por ex., se alguém tiver uma licença de caça poderá caçar numa determinado terreno em que tal lhe seja permitido, sem que o seu proprietário possa reclamar pelas peças de caça abatidas. Contudo, o caçador que pode caçar no terreno não deixará de responder pelos danos em coisas ou pessoas que provocar em virtude de não ter tomado as devidas precauções;

b) **cumprimento de um dever** – efectivamente, vigorando para o sujeito o dever de adoptar determinada conduta, este pode ver-se forçado a acatá-la ainda que para isso tenha que infringir outros deveres relativos a posições jurídicas alheias, e cuja infracção normalmente acarretaria a ilicitude do facto. Nestas situações, está-se perante o que se denomina de conflito de deveres, que deve ser resolvido dando preponderância ao dever que se considere de natureza superior. Assim, por ex., o médico que apenas dispõe de um número limitado de unidades para efectuar transfusões de sangue pode, em caso de excesso de sinistrados, optar por privilegiar os doentes de maior risco, sem que actue ilicitamente. Para haver exclusão da ilicitude é, porém, necessário que o dever seja efectivamente cumprido, não bastando a simples colisão. Assim, se o agente em caso de conflito de deveres opta por não cumprir nenhum, naturalmente que será responsável pelo incumprimento dos dois. É para além disso, necessário que a impossibilidade não resulte de uma culpa anterior do agente, já que nesse caso ele não deixará de ser responsabilizado. Por ex., se as unidades de sangue não existem no hospital por o médico se ter esquecido de as solicitar na altura devida;

c) **legítima defesa** (art 337.º e 21.º da CRP) - consiste numa atitude defensiva do agente, que estando a ser vítima de uma agressão põe termo a essa agressão pelos seus próprios meios. São pressupostos da legítima defesa a existência de uma agressão, contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro, actualidade e contrariedade à lei dessa agressão, impossibilidade de recurso aos meios normais e o prejuízo causado pelo acto não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão (+ pág.

291). A lei prevê ainda que o acto possa ser igualmente justificado, ainda que haja excesso de legítima defesa, desde que esse excesso corresponda a perturbação ou medo culposo do agente (art. 337.º/2). Para o Prof. ML não estamos perante uma causa de exclusão da ilicitude, mas antes perante uma causa de exclusão da culpa, consistente no medo invencível causado pela agressão;

d) **acção directa** (336.º) pág. 292/293;

e) **estado de necessidade** (339.º) pág. 294;

f) **consentimento do lesado** (340.º/1, 2 e 3) pág. 294/295;

## **A culpa**

### **A) Noção**

Ao prever que o agente tenha actuado “com dolo ou mera culpa” a lei exige ainda a culpa como pressuposto normal da responsabilidade civil (art. 483.º, n.º1), considerando excepcionais os casos de responsabilidade sem culpa (art. 483.º, n.º2).

A culpa pode ser assim definida com o **juízo de censura ao agente por ter adoptado a conduta que adoptou, quando de acordo com o comando legal estaria obrigado a adoptar conduta diferente**. Deve, por isso, para o Prf. ML ser entendida em sentido normativo como a omissão da diligência que seria exigível ao agente de acordo com o padrão de conduta que a lei lhe impõe. Nestes termos, o juízo de culpa representa um desvalor atribuído pela ordem jurídica ao facto voluntário do agente, que é visto como axiologicamente reprovável.

### **B) A imputabilidade como pressuposto da culpa e o regime da responsabilidade dos inimputáveis**

No entanto, para que o agente possa ser efectivamente censurado pelo seu comportamento é sempre necessário que ele conhecesse ou devesse conhecer o desvalor do seu comportamento e que tivesse podido escolher a sua conduta. Daí que se considere existir falta de imputabilidade quando o agente não tem a necessária capacidade para entender a valorização negativa do seu comportamento ou lhe falta a possibilidade de o determinar livremente. Sendo a imputabilidade pressuposto do juízo de culpa, naturalmente que o agente fica isento de responsabilidade se praticar o facto em estado de inimputabilidade (art. 488.º, n.º1), o que a lei presume que se verifica sempre que o agente seja menor de sete anos ou interdito por anomalia psíquica (art. 488.º, n.º2).

Conforme resulta do art.488.º, n.º1, a falta de imputabilidade não exclui, no entanto, a responsabilidade sempre que sendo transitória seja devida a um facto culposo do agente. Assim quem causou inconscientemente danos a outrem em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, ou se ter

deixado adormecer a conduzir um automóvel, não deixa de responder pelos danos. No entanto, a responsabilidade continuará a ser excluída se a inimputabilidade, ainda que resultante de um facto culposo do agente, seja definitiva. Será, por exemplo, o caso de alguém sofrer lesões cerebrais que o tornam inimputável como resultado de um facto culposo seu. Naturalmente que não faria sentido que esse facto culposo bastasse para responsabilizar o agente por todos os danos que futuramente viesse a causar em estado de inimputabilidade.

O art. 489.º levanta várias questões. Em primeiro lugar, é manifesta a sua subsidiariedade em relação à responsabilidade dos vigilantes (art. 491.º), exigindo se portanto para a sua aplicação ou que não exista vigilante, ou que, existindo, ele não seja responsável pela situação, ou ainda que, sendo responsável, não tenha meios para pagar a devida reparação.

Por outro lado, parece que esta norma pressupõe que a responsabilidade apenas não tenha ocorrido em razão da inimputabilidade do agente, pelo que terá este que ter praticado um facto ilícito que seria considerado culposo se o seu autor fosse imputável. Não parece, por isso, que exista aqui uma situação de responsabilidade pelo risco, como já tem sido defendido, tratando-se antes de uma responsabilidade baseada na ilicitude objectiva, em que, por motivos de equidade, se dispensa a imputabilidade como pressuposto da culpa.

### **C) O dolo e a negligência**

O art.483.º ao fazer referência ao “dolo e mera culpa” admite duas formas de culpa: o dolo e a negligência. O dolo, para efeitos de responsabilidade civil corresponde à intenção do agente de praticar o facto. Já na negligência não se verifica essa intenção, mas o comportamento do agente não deixa de ser censurável em virtude de ter omitido a diligência a que estava legalmente obrigado.

A distinção entre dolo e negligência tem uma grande importância para efeitos da dogmática civil. É que se o agente agir com dolo actua logo ilicitamente, desde que lese algum direito subjectivo alheio ou um interesse objecto de uma norma de protecção (art. 483.º). Se, porém, não existir uma actuação dolosa do agente, só haverá ilicitude, nos termos acima referidos, se o agente violar um dever objectivo de cuidado na lesão de bens jurídicos o que implica reconhecer estar presente na negligência um requisito suplementar de ilicitude e não apenas uma forma de culpa.

A negligência admite as seguintes modalidades:

- a) *negligência consciente*: o agente, violando o dever de diligência a que estava obrigado, representa a verificação do facto como consequência possível da sua conduta, mas actua sem se conformar com a sua verificação.
- b) *negligência inconsciente*: o agente, violando o dever de diligência a que estava obrigado, não chega sequer a representar a verificação do facto.

Em ambas as situações o agente não deseja efectivamente a verificação do facto, ainda que a omissão do dever de cuidado a que estava obrigado o torne responsável. No primeiro caso, o agente chega a representar a possibilidade de se verificar o facto, mas essa possibilidade é por ele afastada (ex. alguém, que conduz em desrespeito às regras de trânsito, admite a possibilidade de provocar um acidente, mas convence-se que tal não acontecerá). No segundo caso, o agente infringe o seu dever de diligência sem

que tenha qualquer representação em relação ao facto (ex. alguém infringe as regras de trânsito sem sequer equacionar a possibilidade de provocar um acidente).

Já o dolo admite as seguintes modalidades:

- a) **dolo directo**: o agente quer a verificação do facto, sendo a sua conduta dirigida directamente a produzi-lo.
- b) **dolo necessário**: o agente não dirige a sua actuação directamente a produzir a verificação do facto, mas aceita-o como consequência necessária da sua conduta.
- c) **dolo eventual**: o agente representa a verificação como consequência possível da sua conduta e actua, conformando-se com a sua verificação.

No dolo directo, é claríssima a intenção do agente em praticar o facto, como no exemplo de alguém pretendendo a morte de outrem o atingir a tiro.

No dolo necessário essa intenção não é tão clara mas encontra-se igualmente presente. Assim, por exemplo, o indivíduo que coloca uma bomba numa embaixada no intuito de protestar contra determinado país estrangeiro sabe que a sua actuação irá inevitavelmente implicar a morte ou ferimentos graves para os que se encontram no respectivo edifício pelo que a sua acção deve também considerar-se como intencional em relação a essas lesões.

Já no dolo eventual, a sua distinção da negligência consciente é mais fluida mas não deixa de existir, uma vez que a actuação do agente, não visando o facto como consequência directa nem necessária da sua conduta, representa uma conformação tão grande com a possibilidade da sua verificação que chocaria considerar a situação como de mera negligência, ainda que consciente. Imagine-se, por exemplo, que a violação das regras de trânsito pelo agente consiste em ele entrar conscientemente na auto-estrada a alta velocidade em contra-mão, comportamento que toda a gente sabe que, salvo hipóteses excepcionais, conduz necessariamente a um acidente. Neste caso, a qualificação do acidente como meramente negligente ofenderia o senso comum, pois dificilmente se poderia dizer que o agente estava convencido de que o seu comportamento nunca conduziria ao facto.

Dúvidas existem, no entanto, sobre o critério que deve ser adoptado para distinguir o dolo eventual da negligência consciente. De acordo com a *teoria da verosimilhança*, essa diferença reside no grau de probabilidade com que o resultado é representado pelo agente, havendo dolo eventual quando o agente representasse o resultado como extremamente provável e negligência consciente no caso contrário. De acordo com a *fórmula hipotética de Frank*, haverá dolo eventual se o agente, na hipótese de ter considerado como certo o resultado da sua conduta, não tivesse adoptado comportamento diferente. De acordo com a *fórmula positiva de Frank*, haverá dolo eventual se o agente, tendo previsto o resultado da sua conduta como possível, conforma-se com esse resultado, não alterando consequentemente o seu comportamento.

Para o Prof. Menezes Leitão parece que a fórmula positiva de Frank se encontra consagrada no art. 14.º, nº3 do Código Penal e corresponde efectivamente à melhor forma de resolver casos controversos como o clássico exemplo dos mendigos que estropiavam crianças para as melhor explorarem na caridade pública, acabando por causar a morte de algumas. A fórmula positiva resolve a questão: o agente que pratica esse tipo de lesões representa claramente a possibilidade de elas virem a causar a morte das crianças, e conforma-se com a sua verificação.

#### **D) Critérios de apreciação e graduação da culpa**

O juízo de censura ao agente pode ser estabelecido por duas formas, que assim se reconduzem a diferentes critérios de apreciação da culpa. Um primeiro critério aponta para a apreciação da culpa em concreto, exigindo ao agente a diligência que ele põe habitualmente nos seus próprios negócios ou de que é capaz. Um segundo critério aponta para a apreciação da culpa em abstracto, exigindo a lei ao agente a diligência padrão dos membros da sociedade, a qual é naturalmente a diligência do homem médio ou bonus pater famílias.

O Código Civil veio estabelecer no art. 799.º, nº 2 que o critério de apreciação de culpa na responsabilidade obrigacional é comum à responsabilidade delitual. Esse critério encontra-se formulado no art. 487.º, nº 2. Aponta-se aí para o critério tradicional da apreciação em abstracto segundo a diligência do homem médio, definida pela fórmula romana do bom pai de família.

Esse padrão abstracto não deixa de exigir, no entanto, uma análise das circunstâncias do caso, ou seja, do condicionalismo da situação e do tipo de actividade em causa. Compreende-se que a diligência exigida a um profissional qualificado na sua actividade não seja a mesma que a que é exigida a um transeunte em passeio, e que a ocorrência de uma situação de emergência implique uma apreciação da culpa distinta da que seria efectuada numa situação normal.

Em diversos preceitos é considerada relevante não só o estabelecimento de culpa mas também a sua graduação.

Tradicionalmente era estabelecida uma graduação da culpabilidade entre estádios: culpa grave, culpa leve e culpa levíssima. De acordo com o critério da apreciação da culpa em abstracto, a culpa grave corresponde a uma situação de negligência grosseira em que a conduta do agente só seria susceptível de ser realizada por uma pessoa especialmente negligente, uma vez que a grande maioria das pessoas não procederá da mesma forma. Já a culpa leve corresponde à situação em que a conduta do agente não seria susceptível de ser realizada por um homem médio, correspondendo assim a sua actuação à omissão da diligência do bom pai de família.

Em virtude de o art. 487.º, nº 2 só considerar como culposa a omissão da diligência do bom pai de família, tal implica que a culpa levíssima não seja considerada actualmente como culpa já que implica uma actuação negligente que mesmo um homem médio não conseguiria evitar.

#### **E) Prova da culpa**

Nos termos do art. 487.º, nº 1 incumbe ao lesado a prova da culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa. Regra geral corre, portanto, por conta do lesado o ónus da prova da culpa do agente só adquirindo este ganho de causa se conseguir demonstrar em tribunal o carácter objectivamente censurável da conduta deste. Esta prova, apesar de ser difícil de realizar, assegura a função sancionatória da responsabilidade civil, só responsabilizando o agente perante uma demonstração efectiva da sua culpa.

Por vezes, no entanto, a lei estabelece presunções de culpa. Nesses casos verifica-se uma inversão do ónus da prova (art. 350.º, nº 1), que passa a correr por conta do lesante. Apesar de as presunções serem genericamente ilidíveis (art. 350.º, nº 2), a verdade é que as dificuldades de prova neste domínio tornam, em caso de presunção de culpa, muito mais segura a obtenção de indemnização pelo lesado, levando assim a que na responsabilidade por culpa presumida a função indemnizatória praticamente apague a função sancionatória.

O Código civil prevê as seguintes presunções de culpa: danos causados por incapazes; danos derivados de edifícios ou outras obras; danos causados por coisas ou animais; danos derivados do exercício de actividades perigosas. Todas estas presunções de culpa correspondem a situações em que se verifica uma fonte específica de perigo, cuja custódia se encontra atribuída a determinado sujeito, resultando assim a sua responsabilização da violação de deveres de segurança do tráfego, que lhe impunham evitar a ocorrência de danos resultantes dessa fonte de perigo.

a) danos causados por incapazes: o art 491.º vem regular a responsabilidade pelos danos causados pelos incapazes naturais, estabelecendo uma presunção de culpa das pessoas a quem, por lei ou negócio jurídico, incumbe a sua vigilância, que pode ser ilidida através da demonstração de que cumpriram o seu dever de vigilância, ou que os danos continuariam a produzir-se, ainda que o tivesse cumprido (relevância negativa da causa virtual). A responsabilização parte da presunção de não cumprimento do dever de vigilância por parte das pessoas sobre as quais este recai, seja por lei (caso dos pais ou tutor), seja por negócio jurídico (contrato de trabalho ou prestação de serviços, que tenha o dever de esse objecto) indiciada através da prática de um facto danoso pelo incapaz natural (menor ou deficiente físico ou mental). Não se trata, por isso, de uma responsabilidade objectiva, admitindo-se que a presunção de culpa possa ser ilidida através da prova que se exerceu a adequada vigilância sobre o incapaz.

A responsabilidade do vigilante não pressupõe a inimputabilidade do vigiado, mas apenas a sua incapacidade natural. Pode assim, o vigiado ser considerado imputável (488.º) e continuar a existir a responsabilidade do vigilante, caso em que ambos responderão solidariamente (497.º). Se o vigiado for inimputável, em princípio só o vigilante responderá (491.º), só se admitindo acção contra o vigiado, por motivos de equidade, no caso de ser impossível exigir a responsabilidade ao vigilante (489.º).

b) danos causados por edifícios ou outras obras: o art 492.º/1, contempla a situação da responsabilização pelos danos causados pela ruína de edifícios ou de outras obras, devido a vício de construção ou defeito de conservação, estabelecendo nesse caso uma presunção de culpa que recai sobre o proprietário ou possuidor do edifício, presunção essa que no caso de danos devidos exclusivamente a defeitos de conservação, se transfere para a pessoa obrigada, por lei ou negócio jurídico, a conservar o edifício ou obra (n.º2) + pág. 307.

c) danos causados por coisas ou animais (art 493.º/1) – trata-se de uma norma bastante importante, que pressupõe, em face da perigosidade imanente de certas coisas ou de animais o surgimento de um dever de segurança no tráfego, que impõe automaticamente a sua custódia em relação ao seu detentor.

d) danos resultantes de actividades perigosas (art. 493.º/2) – a responsabilização prevista neste art. Parece ser estabelecida a nível mais objectivo do que o que resulta das disposições anteriores, uma vez que, além de não se prever a ilisão de responsabilidade com a demonstração da relevância negativa da causa virtual, parece-se exigir ainda a demonstração de um grau de diligência superior à das disposições anteriores uma vez que, em lugar da simples prova da ausência de culpa (487.º/2), o legislador exige a demonstração de que o agente “empregue todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de prevenir” os danos.

#### **F) Causas de exclusão da culpa**

À semelhança do que sucede com a ilicitude, também a culpa pode ser excluída sempre que o agente se encontre em determinada situação que afaste a possibilidade de a ordem jurídica estabelecer um juízo de censura em relação ao seu comportamento. Seguindo Pessoa Jorge temos como causas de exclusão de culpa:

a) ***erro desculpável***: Ocorre erro desculpável sempre que a actuação do agente resulte de uma falsa representação da realidade, que não lhe possa, em face das circunstâncias, ser censurada. A lei refere esta hipótese no art. 338.º. Imagine-se, por exemplo, que alguém anda a ser perseguido numa floresta por um grupo de assaltantes e na fuga se depara com dois homens armados que julga fazerem parte do grupo pelo que os resolve atingir a tiro vindo, porém, mais tarde a descobrir que esses dois homens eram simples caçadores. Neste caso ocorrerá a exclusão da culpa do agente, uma vez que a sua reacção é compreensível naquelas circunstâncias.

b) ***medo invencível***: Esta situação ocorre sempre que a actuação do agente tenha sido provocada por um medo que ele não conseguiu ultrapassar sem que tal lhe possa, em face das circunstâncias, ser censurado. Uma das situações em que a lei prevê o medo como causa de exclusão da culpa diz respeito ao excesso de legítima defesa. Este é qualificado no art. 337.º, nº 2 como uma forma de justificação do acto mas a interpretação correcta é a de que se trata de uma causa de exclusão de culpa.

c) ***desculpabilidade***: admite-se ainda a exclusão de culpa do agente sempre que embora não se verificando medo nem erro, em face das circunstâncias do caso não lhe fosse exigível comportamento diferente. Imagine-se, por exemplo, a situação de um médico que causa danos ao doente numa intervenção cirúrgica de emergência, em virtude de num estado de emergência geral provocado por uma catástrofe ter sido obrigado a trabalhar 18 horas seguidas. Neste caso, não obstante o erro médico as circunstâncias concretas em que ele ocorreu tornam-no desculpável, excluindo assim a indemnização.

#### **G) O concurso da culpa do lesado**

A culpa do lesante pode concorrer com a existência simultânea de culpa do lesado, entendendo-se essa nos termos do art. 487.º, nº 2 como a omissão da diligência que teria levado um bom pai de família, nas circunstâncias do caso, a reduzir ou evitar os danos sofridos. Tendo sido demonstrada a culpa do lesante, aplica-se o disposto no art. 570.º, nº 1. No caso da culpa do lesante não ter sido provada, mas ser apenas presumida a culpa do lesado, salvo disposição em contrário, excluirá o dever de indemnizar

(art. 570.º, nº 2), preceito que também se deve considerar aplicável à hipótese de responsabilidade pelo risco. No caso da responsabilidade por culpa caberá ao tribunal apreciar se e em que medida a concorrência da culpa do lesante com a do lesado deve relevar para efeitos de indemnização.

Para este regime se aplicar é necessário que a actuação do lesado seja subjectivamente censurável em termos de culpa, não bastando assim a mera causalidade da sua conduta em relação aos danos. A actuação culposa do lesado que contribui para os danos não corresponde, porém, a um acto ilícito, mas apenas ao desrespeito de um ónus jurídico uma vez que não existe um dever jurídico de evitar a ocorrência de danos para si próprio.

Não parece que a existência de dolo do lesante exclua a possibilidade de ponderação da culpa do lesado, uma vez que o art. 570.º não estabelece esse requisito, ao contrário do art. 494.º. Assim se alguém atingir outrem com uma faca no intuito de lhe causar danos, e estes vêm a ser consideravelmente agravados por o lesado se recusar a tratar o ferimento, o agravamento dos danos sofridos deve ser-lhe imputado e não ao lesante.

A lei estabelece ainda uma equiparação entre a culpa do lesado e a dos seus auxiliares e representantes (art. 571.º). Em termos de prova da culpa do lesado ver o art. 572.º.

## **O dano**

### **A) Dano em sentido real e em sentido patrimonial**

O dano consiste na frustração de uma utilidade que era objecto de tutela jurídica.

Em sentido real o dano corresponde à avaliação em abstracto das utilidades que eram objecto de tutela jurídica, o que implica a sua indemnização através da reparação do objecto lesado (restauração natural) ou da entrega de outro equivalente (indemnização específica). Em sentido patrimonial, o dano corresponde à avaliação concreta dos efeitos da lesão no âmbito do património do lesado, consistindo assim a indemnização na compensação da diminuição desse património, em virtude da lesão. Assim, por exemplo, se alguém embate no carro de outrem o dano em sentido real consistirá na perda ou deterioração do mesmo. Já o dano em sentido patrimonial corresponderá às alterações que se verificam no património do lesado em consequência dessa perda ou deterioração, designadamente as despesas do conserto e importâncias que deixou de auferir em consequência da não utilização do bem em causa.

O princípio geral estabelecido no art. 562.º implica que a lei dá primazia à reconstituição natural do dano ou à sua indemnização em espécie, no âmbito da obrigação de indemnização. Neste sentido pode dizer-se que o critério predominante é o da determinação do dano em sentido real. Deve proporcionar-se ao lesado as mesmas utilidades que ele possuía antes da lesão.

Quando já não é possível reparar o bem ou entregar outro equivalente, ou quando essa forma não seja suficiente para reparar todos os danos sofridos, ou ainda quando se torna excessivamente onerosa para o devedor (art. 566, nº 1). Neste caso, em virtude do art. 566.º, nº 2, partimos de um conceito de dano em sentido patrimonial, determinado pela diferença entre a situação patrimonial real do lesado e a sua situação hipotética se não existissem danos.

### **B) Danos emergentes e lucros cessantes**

O dano ou prejuízo emergente corresponde à situação em que alguém em consequência da lesão vê frustrada uma utilidade que já tinha adquirido. O lucro cessante corresponde àquela situação em que é frustrada uma utilidade que o lesado iria adquirir se não fosse a lesão. O art. 564.º, nº 1 determina que ambos devem ser abrangidos pelo dever de indemnizar. Em certos casos a lei determina que só haja indemnização de danos emergentes (arts. 899.º e 909.º).

### **C) Danos presentes e futuros**

Os danos consideram-se presentes se já se encontram verificados no momento da fixação da indemnização, sendo futuros no caso contrário.

Resulta do art. 564.º, nº 2 que o facto do dano ainda não se ter verificado não é fundamento para excluir a indemnização bastando-se o tribunal com a previsibilidade da verificação do mesmo para a fixar. A fixação da indemnização depende naquele momento da determinabilidade do dano futuro.

### **D) Danos patrimoniais e não patrimoniais**

Os danos patrimoniais são aqueles que correspondem à frustração de utilidades susceptíveis de avaliação pecuniária, como na destruição de coisas pertencentes ao lesado. Os danos não patrimoniais são aqueles que correspondem à frustração de utilidades não susceptíveis de avaliação pecuniária, como o desgosto resultante da perda de um ente querido. Assim, se alguém causa uma lesão no corpo de outrem este sofre danos não patrimoniais correspondentes à dor e sofrimento físico suportados, mas pode também sofrer danos patrimoniais correspondentes à redução da sua força de trabalho.

Entre os danos patrimoniais inclui-se a privação do uso das coisas ou prestações, como sucede no caso de alguém ser privado da utilização de um veículo.

Durante imenso tempo foi objecto de controvérsia atribuir indemnização por danos não patrimoniais. Actualmente, a situação encontra-se resolvida em virtude do art. 496.º, nº 1 estabelecer que na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que pela sua gravidade mereçam a tutela do direito. Desta norma resulta claramente a admissibilidade genérica do ressarcimento dos danos não patrimoniais.

A lei refere-nos que a indemnização pelos danos não patrimoniais é fixada equitativamente tomando em consideração não apenas a extensão dos danos causados mas também o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso (arts. 496.º, nº 3, 1ª parte, e 494.º). Daqui resulta que a indemnização por danos não patrimoniais não reveste natureza exclusivamente ressarcitória, mas também cariz punitivo, assumindo-se como uma pena privada estabelecida no interesse da vítima por forma a desagrá-la do comportamento do lesante.

### **E) A morte como dano**

Um dos problemas que se tem colocado relativamente ao dano consiste em determinar a possibilidade de indemnização da morte de uma pessoa. As ofensas de que resulte a morte de uma pessoa podem dar origem aos seguintes danos:

- a) a perda da vida da própria vítima;
- b) danos não patrimoniais sofridos pelos familiares da vítima em consequência da sua morte;
- c) no caso de a morte não ser instantânea, danos não patrimoniais sofridos pela vítima e pelos seus familiares até à ocorrência da morte.

Leite de Campos vem numa posição original sustentar a hereditabilidade do dano morte considerando que com a lesão o lesado já suporta um dano que conduzirá potencialmente à morte, o qual é indemnizável nos termos do art. 564.º, nº 2. Entende, porém, que o art 496.º, nº 2 não resolve a questão da hereditabilidade do dano morte na medida em que a expressão “por morte da vítima” aparece como uma mera referência ao momento temporal da abertura da sucessão. O dano encontrar-se-ia antes previsto no art. 496.º, nº 3 tendo o legislador esclarecido através da expressão “no caso de morte” que o dano morte era autonomamente indemnizável no meio dos restantes danos não patrimoniais. O Prof. Menezes Leitão adere a esta tese.

Cabe perguntar a que situação se refere o art. 496.º, nºs 2 e 3 in fine, quando refere a indemnização por morte da vítima. Parece claro que não poderá ser ao dano morte e sentido próprio pois este gera um direito de indemnização que se transmite aos herdeiros da vítima. O art. 496.º, nº 2 refere-se por isso a uma outra situação: aos danos não patrimoniais sofridos por outras pessoas em consequência da morte da vítima. Naturalmente que não seria aceitável a multiplicação de pretensões indemnizatórias em consequência da mesma lesão pelo que a lei veio restringir o círculo de pessoas que pode pedir indemnização pelos danos não patrimoniais que sofreram em consequência da morte da vítima.

Já o art. 496.º, nº 3, não parece referir-se aos danos causados pela morte da vítima mas antes à atribuição da indemnização por danos não patrimoniais ocorridos antes dessa morte. Efectivamente, a lesão que causou a morte, no caso de esta não ter sido instantânea, pode ter produzido dor e sofrimento quer na vítima quer nos parentes mais próximos prevendo o art. 496.º, nº 3 que o direito à indemnização se estende igualmente a esses danos.

Naturalmente que não haverá obstáculo à cumulação no mesmo sujeito de direito à indemnização relativamente a estes 3 tipos diferentes de danos uma vez que se trata de pretensões indemnizatórias com conteúdo distinto.

### **O nexo de causalidade entre o facto e o dano.**

O art 483.º, ao estabelecer a obrigação de indemnização como sanção para o comportamento ilícito e culposo do agente, limita no entanto essa indemnização aos “danos resultantes da violação”, o que implica exigir que esse comportamento seja causa dos danos sofridos, ou seja, que haja um nexo de causalidade entre o facto e o dano.

O problema que se coloca diz respeito aos limites em que se admite esse nexo, já que o facto pode ser causa do dano em termos muito remotos, que tornam difícil responsabilizar o agente. Esta situação é visível num exemplo clássico: um comerciante vendeu a um lavrador uma vaca que ele sabia

padecer de uma doença contagiosa, tendo dissimulado esse facto. O lavrador coloca-a junto dos seus outros animais, acabando todos por padecer da mesma doença. O lavrador vê-se impedido de lavar as suas terras, perdendo o rendimento agrícola que habitualmente auferia, daí que os seus credores decidam executar os seus bens são vendidos judicialmente ao desbarato. Tem sido ainda acrescentada para cúmulo a situação de o lavrador, desesperado, ter posto termo à vida.

Naturalmente que não faria sentido que o comerciante por ter vendido uma vaca doente seja responsabilizado por todos os infortúnios do lavrador.

### **B) As diversas concepções relativas ao nexo de causalidade**

Os critérios para o estabelecimento do nexo de causalidade têm consistido nas seguintes teorias:

#### *a) teoria da equivalência das condições*

Igualmente designada como teoria da *conditio sine qua non*, considera causa de um evento toda e qualquer condição que tenha concorrido para a sua produção em termos tais que a sua ocorrência implicaria que o evento deixasse de se verificar.

De acordo com a presente teoria, o que caracteriza o conceito de causa de um evento é apenas a imprescindibilidade de uma condição para a sua verificação (“sem a qual não”) não se justificando estabelecer qualquer apreciação da relevância jurídica dessas condições, uma vez que todas elas são equivalentes para o processo causal mesmo que o evento só resulte da acção conjugada de ambas. Assim se 2 empregadas de restaurante, actuando isoladamente uma da outra, colocarem veneno na comida de uma pessoa em doses individuais insuficientes para lhe causar a morte mas vindo esta a ocorrer em resultado do efeito conjugado das duas doses, qualquer dessas doses é considerada causa da morte uma vez que se qualquer delas fosse retirada o evento deixava de se verificar.

Aplicada ao direito a teoria conduz a resultados absurdos. Efectivamente ao se afirmar a relevância de todas as condições para o processo causal, já que por si nenhuma teria força suficiente para afastar a outra o resultado é abdicar-se de efectuar uma selecção das condições juridicamente relevantes.

#### *b) teoria da última condição*

A teoria da última condição ou da causa próxima só considera como causa do evento a última condição que se verificou antes de este ocorrer e que, portanto, o precede directamente.

A teoria não é, porém, aceitável uma vez que a acção não tem que produzir directamente o dano, podendo produzi-lo apenas indirectamente, e nem sequer há obstáculos a que decorra um lapso de tempo considerável entre o facto ilícito e os danos (art. 564.º, nº 2 CC). Seria, por outro lado, altamente injusto colocar toda a relevância do processo causal numa última condição, que muitas vezes é provocada por uma condição antecedente, que se apresenta como a verdadeiramente decisiva para efeitos causais. Pense-se no exemplo de alguém prender um inimigo numa jaula de leões e que este vem a ser morto por estes. É manifesto que a última condição (o ataque dos leões) não afasta a relevância causal do ilícito antecedente (a prisão na jaula).

*c) teoria da condição eficiente*

Esta teoria pretende que para descobrir a causa do dano terá que ser efectuada uma avaliação quantitativa da eficiência das diversas condições do processo causal, para averiguar qual a que se apresenta mais relevante em termos causais.

Conforme se pode verificar esta teoria não fornece um verdadeiro critério para o estabelecimento do nexos causal. Efectivamente, escolher a condição mais eficiente em termos causais apenas é possível remetendo para o ponto de vista do julgador, o que acaba por redundar num subjectivismo integral, totalmente inadequado para a construção jurídica.

*d) teoria da causalidade adequada* (MC tem duas excepções)

É a posição que tem sido maioritariamente defendida na nossa doutrina.

De acordo com esta concepção, para que exista um nexos de causalidade entre o facto e o dano não basta que o facto tenha sido em concreto causa do dano, em termos de *conditio sine qua non*. É necessário que, em abstracto, seja também adequado a produzi-lo, segundo o curso normal das coisas.

A averiguação da adequação abstracta do facto a produzir o danoso pode ser realizada a posteriori, através da avaliação se seria previsível que a prática daquele facto originasse aquele dano (prognose póstuma). A doutrina da adequação aceita que essa avaliação tome por base não apenas as circunstâncias normais que levariam um observador externo a efectuar um juízo de previsibilidade, mas também circunstâncias anormais, desde que recognoscíveis ou conhecidas pelo agente. Assim, ocorrendo a morte da vítima, não deixaria de haver causalidade no apontar de uma arma descarregada ou na ingestão de açúcar se o agente soubesse ou devesse saber que a vítima tinha uma grave lesão cardíaca, no 1º caso, ou era diabética, no 2º caso.

Em qualquer caso, essa teoria encontra-se subjacente ao art. 563.º do CC. A formulação do art. parte da teoria da *conditio sine qua non*, em termos tais que até poderíamos dizer que a consagraria. No entanto, a introdução do advérbio “provavelmente” faz supor que não está em causa apenas a imprescindibilidade da condição para o desencadear do processo causal exigindo-se ainda que essa condição, de acordo com um juízo de probabilidade, seja idónea a produzir um dano, o que corresponde à consagração da teoria da causalidade adequada.

*e) teoria do escopo da norma violada*

Esta concepção defende, pelo contrário, que para o estabelecimento do nexos de causalidade é apenas necessário averiguar se os danos que resultaram do facto correspondem à frustração das utilidades que a norma visava conferir ao sujeito através do direito subjectivo ou da norma de protecção. Assim, a questão da determinação do nexos de causalidade acaba por se reconduzir a um problema de interpretação do conteúdo e fim específico da norma que serviu de base à imputação dos danos.

Para o prof. Menezes Leitão parece ser esta a melhor forma de determinar o nexos de causalidade. Efectivamente a obrigação de reparar os danos causados constitui uma consequência jurídica de uma norma relativa à imputação de danos, o que implica que a averiguação do nexos de causalidade apenas se possa fazer a partir da determinação do fim específico e do âmbito de protecção da norma que determina essa consequência jurídica.

### **C) Os processos causais virtuais**

Um outro problema que se coloca no âmbito donexo de causalidade diz respeito à denominada relevância da causalidade virtual. Esta verifica-se sempre que o dano resultante da causa real se tivesse igualmente verificado, na ausência desta, por via de outra causa, denominada a causa virtual. É o que acontece no exemplo de alguém ter envenenado um cavalo no intuito de lesar o seu proprietário sendo, porém, antes disso o animal abatido a tiro por outra pessoa com as mesmas intenções. Neste caso o disparo é a causa real do dano sofrido pelo lesado constituindo o envenenamento uma causa virtual que iria da mesma forma produzi-lo.

Em abstracto seria possível conceber três soluções jurídicas para o problema da causa virtual. A 1ª seria a da relevância da causa virtual, segundo a qual o autor da causa virtual seria responsabilizado pelo dano, nos mesmos termos que o autor da causa real. A 2ª seria a da relevância negativa da causa virtual, segundo a qual o autor da causa virtual não seria responsabilizado, mas a existência dessa causa virtual serviria para afastar a responsabilidade do autor da causa real. A 3ª seria a da irrelevância da causa virtual, segundo a qual a responsabilidade do autor do dano não seria minimamente afectada pela existência de uma causa virtual.

O prof. Menezes Leitão adere a esta última, aliás como a maioria da doutrina, considerando que efectivamente verificando-se a imputação delitual de um facto ao agente naturalmente que ele há de responder pelos danos causados (art.483.º), não prevendo a lei como regra geral que essa responsabilidade seja perturbada pela causa virtual, o que se afiguraria absurdo face às funções preventivas e punitivas prosseguidas na responsabilidade delitual. Se a lei dá relevância à causa virtual em situações específicas, como as dos arts. 491.º; 492.º; 493.º,nº 1; 616.º,nº2 e 807.º,nº 2, é como causa suplementar de exclusão de responsabilidade que concede em situações restritas de responsabilidade agravada.

### **A responsabilidade obrigacional**

A responsabilidade obrigacional encontra-se genericamente prevista no art. 798.º. Desta norma resulta uma clara equiparação dos pressupostos da responsabilidade obrigacional aos da responsabilidade civil, uma vez que também se estabelece uma referência a um facto voluntário do devedor cuja ilicitude resulta do incumprimento da obrigação exigindo-se da mesma forma a culpa, o dano e o nexode causalidade.

Recentemente essa equiparação veio a ser contestada por Menezes Cordeiro que considerou que enquanto na esfera delitual o legislador tinha adoptado o sistema alemão baseado na distinção entre culpa e ilicitude , na esfera obrigacional já se tinha influenciado pelo sistema francês que unifica culpa e ilicitude num conceito único de faute. Haveria assim por força do art. 799.º,nº 1 uma presunção de faute.

O prof. Menezes Leitão considera que são efectivamente reduzidas as diferenças entre a responsabilidade delitual e a responsabilidade obrigacional. A diferença essencial reside no diferente regime do ónus da prova face à presunção de culpa que recai sobre o devedor (art.799.º), mas tal também sucede em certas situações delituais. Para além disso verifica-se que na responsabilidade obrigacional são

tutelados todos os prejuízos sofridos e os benefícios que o credor deixou de obter pelo facto de lhe não ter sido realizada a prestação devida (art. 798.º), o que permite a tutela nesta sede dos danos puramente patrimoniais. Já vimos, no entanto, que se tal não sucede na ilicitude por violação de direitos subjectivos (art. 483.º), sucede nas outras categorias de ilicitude delitual. O prof. pensa por isso que as diferenças entre a responsabilidade delitual e obrigacional não justificam que se prescindia de uma consideração unitária dos pressupostos da responsabilidade civil subjectiva uma vez que, conforme se verificou, eles são absolutamente idênticos nas duas categorias de responsabilidade.

## **A “terceira via” na responsabilidade civil**

### **A admissão de uma terceira via na responsabilidade civil**

Modernamente tem-se vindo a ensaiar a defesa de uma nova categoria da responsabilidade civil, entre a responsabilidade contratual e a delitual, para abranger a violação de deveres específicos que embora constituindo um plus relativamente à protecção delitual não chegam a constituir obrigações em sentido técnico. Tratar-se-ia assim de situações de responsabilidade quase obrigacional, ou de uma “terceira via” na responsabilidade civil. O prof. Menezes Leitão adere a esta concepção.

São 4 as situações onde poderemos equacionar a autonomização desta 3ª via:

#### *a) responsabilidade pré-contratual*

Tradicionalmente entendia-se que antes da celebração do contrato as partes não adquiriam qualquer direito uma vez que não se tinha verificado um válido exercício da autonomia privada. Assim o facto de se terem iniciado negociações, ou mesmo a emissão de declarações negociais, não poderia conduzir nunca a uma situação de responsabilidade no caso do contrato não se vir a concluir, o que só ocorre quando é obtido um consenso sobre todas as cláusulas.

Esta solução veio ser posta em causa por Jhering com o instituto da culpa in contrahendo. Actualmente este instituto torna-se imprescindível uma vez que a evolução da sociedade tornou cada vez mais complexo o processo de formação de contratos. Esta complexidade vai criando sucessivas situações de confiança nas partes que seria inaceitável que não viessem a ser juridicamente protegidas através da responsabilidade civil. É essa a função da responsabilidade pré-contratual consagrada no art. 227.º do CC. Este art. ao referir-se aos preliminares e à formação do contrato esclarece-nos que a responsabilidade pré-contratual abrange simultaneamente a fase negociatória, que vai desde o início das negociações até à emissão da proposta contratual, e a fase decisória, que vai desde a emissão da proposta até à conclusão do contrato com a respectiva aceitação. Aplica-se a qualquer tipo de contratos.

A lei impõe o respeito pela boa fé em todo o processo de formação do contrato, entendendo que o mero facto de se entrar em negociações é susceptível de criar uma situação de confiança na outra parte que deve ser tutelada mesmo sem ter surgido qualquer contrato. Caso esta confiança venha a ser lesada com violação das regras da boa fé verifica-se um facto ilícito que constitui o lesante no dever de indemnizar os danos sofridos pelo lesado. A ilicitude deriva da violação de deveres acessórios de conduta.

Segundo Menezes Cordeiro, do dever de actuar de boa fé derivam 3 tipos de deveres pré-negociais:

- *deveres de protecção*, que determinam que as partes na fase negocial devem evitar qualquer actuação susceptível de causar danos à outra parte sejam eles pessoais ou patrimoniais.
- *deveres de informação*, em especial quanto às circunstâncias que possam ser relevantes para a formação do consenso da outra parte e com especial intensidade quando uma das partes se apresenta como mais fraca.
- *deveres de lealdade*, por forma a evitar comportamentos que se traduzam numa deslealdade para com a outra parte aqui se incluindo a própria ruptura das negociações quando a outra parte tinha adquirido justificadamente a confiança de que eles iriam conduzir à celebração do contrato.

É a violação desses deveres que gera a culpa in contrahendo que abrange fundamentalmente 3 situações:

- 1) a interrupção ou ruptura das negociações, levando a que o contrato não se venha a celebrar;
- 2) a celebração do contrato em termos tais que este venha a padecer de invalidade ou ineficácia;
- 3) a celebração válida ou eficaz do contrato mas em termos tais que o modo como foi celebrado gere danos para uma das partes;

Relativamente à ruptura das negociações ela constitui um caso que tem vindo a ser objecto de ampla discussão na doutrina. A maior parte dos autores salienta que não se pode considerar as partes vinculadas a uma obrigação de concluir o contrato apenas pelo facto de terem entrado em negociações, aliás as partes devem estar prevenidas para a hipótese inversa. Apenas quando na outra parte tenha sido criada a confiança justificada de que o contrato iria ser concluído e ocorre uma ruptura de negociações sem motivo legítimo é que se pode considerar ter ocorrido uma violação das regras da boa fé.

Cabe, porém perguntar quais os danos que devem ser indemnizados. Não se tendo constituído um direito de crédito, por não se ter celebrado qualquer contrato, não parece possível que o lesado possa reclamar os danos provenientes da não celebração do contrato (interesse contratual positivo). Os danos indemnizáveis serão os que a parte sofreu em virtude da confiança que lhe tinha sido gerada pela outra parte (interesse contratual negativo), como por exemplo despesas infrutíferas ou a perda de ganhos que de outra forma teriam sido obtidos.

O regime aplicável deverá ser construído a partir da aplicação de normas da responsabilidade delitual ou contratual consoante o que se considerar mais adequado à solução do caso. Em relação à culpa in contrahendo o regime aplicável será preponderantemente o da responsabilidade obrigacional, sujeitando-se por isso à presunção de culpa prevista no art. 799.º e ficando a responsabilidade por actos dos auxiliares sujeita ao regime do art. 800.º. Haverá, no entanto, a aplicação de algumas soluções da responsabilidade delitual uma vez que não se deverá aplicar à culpa in contrahendo a exigência da capacidade negocial, e a lei manda expressamente aplicar a regra da prescrição da responsabilidade delitual (art. 227.º, n.º 2).

#### *b) a culpa post pactum finitum*

Esta consiste na responsabilização das partes após a extinção do contrato pelos danos causados à outra parte em consequência de comportamentos que lhe seriam vedados por força da boa fé.

Efectivamente após a extinção do contrato pode prolongar-se a necessidade de observância de certas condições para que se mantenha a satisfação do interesse do credor ou não resultem danos para as partes. A boa fé impõe que após o cumprimento o devedor não venha retirar ou reduzir consideravelmente as vantagens que o cumprimento proporcionou ao credor. Caso o venha fazer justifica-se a responsabilização pelos danos sofridos pela outra parte.

A responsabilização reside na violação dos deveres acessórios de boa fé. Os deveres acessórios que vigoram entre as partes por força do princípio da boa fé podem manter-se após a extinção do vínculo obrigacional uma vez que a sua função extravasa da simples realização do programa obrigacional. É o que acontecerá, por exemplo, se uma das partes resolver após a extinção do contrato revelar os segredos industriais da outra parte aos seus concorrentes; ou se após o trespassse de um estabelecimento decidir abrir outro para fazer-lhe concorrência directa (violação de um dever de lealdade). A base legal dos deveres de boa fé pós contratuais residirá no art. 239.º do CC.

Também no caso de culpa post factum finitum a situação de responsabilidade assim gerada não se deixa reconduzir a nenhuma das situações tradicionais.

#### *c) contrato com eficácia de protecção para terceiros*

Os deveres acessórios que vigoram entre as partes podem abranger a tutela da posição de terceiros. Esta situação ocorrerá sempre que o terceiro apresente uma posição de tal proximidade com o credor que se justificará a extensão em relação a ele do círculo de protecção do contrato. Temos, como exemplo, a situação de um arrendamento de uma habitação sem condições que vem lesar os familiares do inquilino. Não se trata, nestes casos, de um contrato a favor de terceiro (art.443.º) uma vez que o terceiro não adquire qualquer direito à prestação, sendo apenas tutelado pelos deveres de boa fé que a lei impõe em relação às partes e cuja violação lhe permite reclamar indemnização pelos danos sofridos.

Também, neste caso, a indemnização não corresponde aos pressupostos da responsabilidade delitual uma vez que não se reconduz a deveres genéricos de respeito; nem aos da responsabilidade obrigacional uma vez que o devedor, em relação a terceiro, tem apenas uma relação de protecção. Estamos no âmbito da terceira via da responsabilidade civil.

#### *d) a relação corrente de negócios*

Ela consiste na situação que se verifica sempre que as partes estão de tal forma habitualmente ligadas por vínculos contratuais que qualquer prestação realizada por uma delas à outra, mesmo que não corresponda a qualquer dos contratos celebrados, toma por referência uma vinculação específica entre as partes. Essa vinculação específica é independente de qualquer declaração negocial nesse sentido, ainda que tácita, baseando-se antes na perenidade, em termos fácticos, da relação que as partes vinham mantendo no âmbito da qual existe uma disponibilidade permanente para a celebração de negócios. Esta vinculação específica é fundamento para o surgimento de deveres de protecção, informação e lealdade cuja violação pode dar origem ao dever de indemnizar.

Um exemplo típico de relação corrente de negócios é a que liga os bancos aos seus clientes. Imagine-se que alguém tem habitualmente uma conta num banco mas solicita ou recebe do seu gestor de conta serviços que nada têm a ver com o depósito bancário em questão. Naturalmente que o serviço

prestado não aparece desgarrado da relação habitualmente existente entre as partes através da qual é criada uma situação de confiança na esfera do cliente cuja lesão deve envolver responsabilidade civil pelos danos causados. Essa responsabilidade apresenta-se igualmente como intermédia admitindo a ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais bem como a responsabilidade pelos actos dos auxiliares nos termos do art.800.º.

## **A responsabilidade pelo risco**

### **O fundamento da imputação pelo risco**

O risco consiste num outro título de imputação de danos que se baseia na delimitação de uma certa esfera de riscos pela qual deve responder outrem que não o lesado. Essa esfera de riscos pode ser estabelecida através de diversas concepções que por vezes se cumulam entre si. De acordo com a concepção do risco **criado cada pessoa que cria uma situação de perigo deve responder pelos riscos que resultem dessa situação**. Por sua vez segundo a concepção do risco proveito a pessoa deve responder pelos danos resultantes das actividades que tira proveito. Na concepção do risco de autoridade deve responder pelos danos resultantes das actividades que tem sob o seu controle.

## **Casos de responsabilidade pelo risco**

### **A responsabilidade do comitente**

No art. 500.º a lei vem estabelecer a situação da responsabilidade do comitente.

A responsabilidade do comitente é uma responsabilidade objectiva pelo que não depende de culpa sua na escolha do comissário, na sua vigilância ou nas instruções que lhe deu. No entanto essa responsabilidade objectiva apenas funciona na relação com o lesado (relação externa) já que posteriormente o comitente terá na relação com o comissário (relação interna) o direito a exigir a restituição de tudo quanto pagou ao lesado, salvo se ele próprio tiver culpa, em que se aplicará o regime da pluralidade de responsáveis pelo dano (art. 500.º,nº 3). Pode-se dizer, por isso, que esta responsabilidade tem por função específica a garantia do pagamento da indemnização ao lesado dada a **circunstância de os comissários serem pessoas normalmente desprovidas de património susceptível de suportar o pagamento de elevadas indemnizações** e actuando eles no interesse e por conta do comitente deve caber a este garantir ao lesado a indemnização.

Temos um regime de responsabilidade objectiva do comitente pelos factos danosos praticados pelo seu comissário que possui os seguintes pressupostos:

#### *a) Existência de uma relação de comissão*

A nossa doutrina tem vindo a estabelecer a exigência de algumas características específicas na relação de comissão tais como a liberdade de escolha do comissário pelo comitente e a existência de um nexo de subordinação do comissário ao comitente.

Não parece que qualquer destas características seja legalmente exigida para caracterizar o conceito de comissão.

Parece manifesto que a responsabilidade do comitente não pode surgir em relação a toda e qualquer prestação de serviços em sentido amplo. Necessário será que a função praticada pelo comissário possa ser imputada ao comitente por os actos nela compreendidos serem praticados exclusivamente no seu interesse e por sua conta, ou seja, suportando ele as despesas e os ganhos dessa actividade. Essa situação acontecerá no âmbito do contrato de trabalho (art.1152.º), mas também no contrato de trabalho (art.1157.º) e noutras situações em que os resultados da função confiada ao comissário se repercutem directamente na esfera do comitente.

Já não haverá, porém, comissão nas situações em que apesar de ser encomendado um serviço a outrem, esse serviço corresponda a uma função autonomamente exercida pelo devedor a qual não lhe é por isso delegada por um comitente. Estarão neste caso as prestações de serviços em que a actividade é sempre imputada ao próprio devedor ainda que o resultado dessa actividade seja objecto de uma prestação ao credor como no depósito (art.1185.º), empreitada (art.1207.º) ou no contrato de transporte.

*b) Prática de factos danosos pelo comissário no exercício da função que lhe foi confiada*

A razão deste requisito é clara: se a imputação ao comitente se justifica por ele ter confiado ao comissário uma função que lhe cabia desempenhar, não deve a sua responsabilidade extravasar da função que foi efectivamente confiada funcionando esta assim como delimitação da zona de riscos a cargo do comitente.

A doutrina tem realizado uma interpretação restritiva deste requisito considerando que a expressão “no exercício das funções” exclui os danos causados por ocasião da função, com um fim ou interesse que lhe seja estranho exigindo-se assim um nexo instrumental entre a função e os danos. Para Menezes Leitão essa interpretação retiraria grande parte do alcance à responsabilidade do comitente e não tem suporte legal já que a lei apenas se refere ao causamento de danos no exercício da função, não exigindo também que os danos sejam causados por causa desse exercício. Por outro lado incluem-se na responsabilidade os danos intencionais e os danos causados em desrespeito das instruções em relação aos quais seguramente se poderia sempre falar de um desvio aos fins pelos quais foi conferida a comissão.

Bastará, por isso, para ML um nexo etiológico entre a função e os danos no sentido de que **seja no seu exercício que os danos sejam originados**. Efectivamente, tirando o comitente proveito da função exercida pelo comissário é justo que responda por todos os danos que o comissário causa a outrem enquanto exerce essa função. Por exemplo, o empregado bancário que resolve burlar os clientes do banco, naturalmente que se justifica que o banco responda como comitente ao abrigo do art. 500.º.

Note-se que, desde que no exercício da função, a **responsabilidade do comitente abrange também os actos intencionais do comissário ou praticados em desrespeito das instruções**. Assim naturalmente que o comitente responderá se o segurança de uma discoteca resolve intencionalmente agredir quem lá pretendia entrar.

*c) desde que sobre o comissário recaia também a obrigação de indemnizar*

A doutrina diverge sobre se para a responsabilidade objectiva do comitente se exige culpa do comissário ou se basta qualquer imputação ao comitente, mesmo que a título de responsabilidade pelo risco ou por factos lícitos. No sentido da 1ª solução pronunciou-se, entre outros, Antunes Varela. No sentido da 2ª pronunciou-se, entre outros, Menezes Cordeiro.

A interpretação da lei suscita fundadas dúvidas. O nº 1 do art. 500.º refere que para que o comitente responda pelos danos pelo comissário, é necessário que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar, parecendo admitir por isso que além do nexo de causalidade entre a conduta do comissário e os danos apenas se exige que o comissário responda por esses danos a qualquer título. Mas o nº 3 do art. 500.º ao estabelecer o direito de regresso do comitente parece pressupor a culpa do comissário, já que se estabelece que este direito se exclui se ele tiver “também culpa”.

Para ML, parece que a lei não exigirá uma demonstração efectiva da culpa do comissário, bastando-se o art. 500.º, nº 1 com uma **culpa presumida**. Já parece, porém, duvidosa a possibilidade de aqui serem abrangidas a responsabilidade pelo risco ou por sacrifício praticado pelo comissário. Efectivamente, nos casos de responsabilidade pelo risco, a lei quase sempre exige um benefício próprio retirado da actividade (arts. 502.º e 503.º), que não pode recair no comitente por intermédio do comissário. Na verdade, ou esse benefício é retirado pelo comitente e então ele responde logo com base nas referidas previsões de risco, ou compete antes ao próprio agente e está por natureza excluída a existência de uma relação de comissão. Já na responsabilidade pelo sacrifício o comitente pode responder como beneficiário no caso de tirar proveito do acto (ex: alguém manda 1 empregado seu arrombar um carro pertença de outrem para o levar ao hospital), mas essa responsabilidade resultará da aplicação dos critérios do art. 339.º, nº 2 e não do art. 500.º.

Para além disso convém recordar que a lei estabelece a responsabilidade do comitente apenas para garantia do pagamento de indemnização, uma vez que depois cabe ao comitente direito de regresso integral sobre o autor do dano, a menos que haja concorrência de culpas (art. 500.º, nº 3). Ora esse regime do direito de regresso do comitente adequa-se muito mal aos outros títulos de imputação que recaiam sobre o comissário, onde não se compreenderia qual o critério para estabelecer esse direito de regresso, e mesmo que esse critério fosse estabelecido, qual a razão para o comitente funcionar nesses casos como garante da indemnização.

Por isso, ML adere à 1ª solução.

### **A responsabilidade do Estado e de outras pessoas colectivas públicas**

Vem prevista no art. 501.º

O conteúdo desta norma é essencialmente remissivo, destinando-se a fazer aplicar igualmente o art. 500.º quando o comitente seja o Estado ou outra pessoa colectiva pública. No entanto, essa remissão é limitada aos actos de gestão privada, ou seja, aqueles em que as entidades públicas actuam desprovidas de poderes de autoridade ou *ius imperii*, como no exemplo do militar que conduz um camião ou do funcionário que vai buscar material de escritório. Efectivamente, se a actuação das entidades públicas corresponder ao exercício de poderes de autoridade (gestão pública), já não será aplicável o art. 501.º,

estabelecendo-se a responsabilidade das entidades públicas com base no direito constitucional e administrativo.

### **Danos causados por animais**

Vêm previstos no art. 502.º. Neste caso a lei determina a responsabilidade pelo risco do utilizador de animais no seu próprio interesse, depois de no art. 493.º, n.º 1, ter estabelecido em relação ao vigilante de animais uma responsabilidade por culpa presumida. Naturalmente que nada impede a cumulação das 2 responsabilidades, caso em que os dois responderão solidariamente perante o lesado.

O 1º requisito desta responsabilidade é a utilização dos animais no próprio interesse, o que abrange naturalmente o proprietário dos animais, mas também todos os titulares da faculdade de utilização própria do animal como o usufrutuário, locatário, comodatário ou o simples possuidor sendo que a utilização por estes exclui a responsabilidade daquele. No caso da locação, porém, parece que tanto o proprietário como o locatário se poderão utilizar no seu próprio, o 1º em virtude da percepção do preço locativo e o 2º em virtude da utilização própria do animal.

O 2º requisito é que os danos resultem do perigo especial que envolve a utilização do animal, restringindo-se assim a responsabilidade a uma zona de riscos normalmente conexos com a sua utilização. Desta zona de risco não são excluídos os casos de força maior (ex: o cavalo que derruba alguém a fugir de um incêndio) nem os factos de terceiro (como na hipótese de o animal ter sido açoitado por 3º), ainda que nesta última hipótese possa concorrer também a responsabilidade deste. Ocorrendo culpa do lesado (ex: alguém, desrespeitando um aviso vai fazer uma festa a um cão feroz), aplicar-se-á o regime do art. 570.º. Pelo contrário, estarão excluídos os danos que embora causados pelo animal são exteriores aos perigos da sua utilização. Assim, se alguém sofre uma queda por se assustar ouvindo ladrar um cão preso, que não tinha qualquer hipótese de o atingir não haverá qualquer responsabilidade do dono do animal.

### **Danos causados por veículos**

#### **A) Pressupostos da responsabilidade pelo risco**

503º/1: responsabilidade objectiva do utilizador de veículos, limitada aos riscos próprios do veículo.

- *Direcção efectiva do veículo causador do dano*: poder de facto, ou exercer controlo sobre o veículo, independentemente da titularidade ou não de algum direito sobre o mesmo; por outro lado, essa pessoa tem de ser imputável.

Sempre que falte esse poder de facto, excluir-se-á a direcção efectiva (ex: proprietário a quem o veículo foi furtado, cliente do táxi ou aluno da escola de condução).

**AV**: tem a direcção efectiva do veículo o proprietário, o usufrutuário, o adquirente com reserva de propriedade, o comodatário, o locatário, o que furtou, o condutor abusivo e, de um modo geral, qualquer possuidor em nome próprio.

Tem a direcção efectiva a **pessoa que, de facto, goza ou usufrui as vantagens dele, e a quem, por essa razão, cabe controlar o seu funcionamento** (luzes do carro, afinar travões, verificar pneus) = detentor (1253º)

**ML + AV**: não corresponde à ideia de quem “tem o volante nas mãos na altura do acidente”.

- *Utilização no seu próprio interesse*: exclui a responsabilidade objectiva daqueles que conduzem o veículo por conta de outrem (comissário, que o utiliza em proveito ou às ordens do comitente), recaindo a responsabilidade sobre o próprio comitente.
- *Danos provenientes dos riscos próprios do veículo*: danos resultantes da circulação do veículo (quer em via pública, quer em recintos privados – ex: atropelamento, embate, colisão), como os danos causados pelo veículo quando imobilizado (ex: curto circuito do motor)

## **B) Causas de exclusão da responsabilidade**

505º: responsabilidade pelo risco é excluída sempre que o acidente seja imputável ao próprio lesado ou a terceiro, em que não se exige culpa destes últimos mas, antes, que a **sua conduta tenha sido a única causa do dano**.

Concorrência de causalidade em relação ao dano, entre:

- Facto do lesado e a condução do veículo:
  - culpa não do lesado: lesado não responde, mas sim o condutor
  - culpa do lesado e do condutor: 570º
- Culpa do lesado concorrer com risco próprio do veículo: 570º/2 – é excluída a responsabilidade do condutor do veículo, se não se demonstrar a culpa do condutor.

## **C) Benefícios da Responsabilidade**

## **D) Limites da Responsabilidade pelo Risco**

## **E) Hipótese de ocorrência de responsabilidade por culpa**

## **F) Colisão de veículos**

## G) Pluralidade de Responsáveis pelo dano

### 1. O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

#### 1.1 O enriquecimento sem causa como fonte das obrigações

A cláusula geral do art.º 473.º n.º 1 permite o exercício da acção de enriquecimento sempre que alguém obtenha um enriquecimento, à custa de outrem, sem causa justificativa. Teríamos então os seguintes pressupostos constitutivos do enriquecimento sem causa (ESC):

- a) existência de um enriquecimento;
- b) obtenção desse enriquecimento à custa de outrem;
- c) ausência de causa justificativa para o enriquecimento.

Estes pressupostos são tão amplos e genéricos que seria possível uma aplicação indiscriminada desta cláusula. Por essa razão, o nosso legislador decidiu consagrar expressamente no art.º 474.º a subsidiariedade do instituto do ESC. Esta norma pretende estabelecer que a acção de enriquecimento seja o último recurso a utilizar pelo empobrecido. Mas esta regra da subsidiariedade não tem um alcance absoluto, pois a acção de enriquecimento não pressupõe que o empobrecido tenha perdido a propriedade sobre as coisas obtidas pelo empobrecido, pelo que esta pode concorrer com a reivindicação; pode também concorrer com a responsabilidade civil, sempre que esta não atribua uma protecção idêntica à da acção de enriquecimento; o 472.º admite uma opção entre a aplicação do regime da GN e o do ESC. Assim, parece que o que o 474.º consagra é uma incompatibilidade de pressupostos entre as situações referidas e essa acção. Efectivamente, se a lei determina a subsistência do enriquecimento é porque lhe reconhece causa jurídica e, se atribui algum direito ao empobrecido em consequência da situação ocorrida, fica excluída a obtenção de enriquecimento à custa de outrem. Não existe, por isso, uma verdadeira subsidiariedade do ESC.

#### 1.2 Configuração dogmática do instituto

São apontadas as seguintes posições:

- a teoria unitária da deslocação patrimonial;
- a teoria da ilicitude;
- a doutrina da divisão do instituto.

##### A) *A teoria unitária da deslocação patrimonial*

De acordo com esta doutrina tradicional, a cláusula geral de ESC institui uma pretensão geral de aplicação directa, bastando para tal única e simplesmente que se verificasse a detenção injustificada de

um enriquecimento à custa de outrem. Deve verificar-se uma deslocação patrimonial sem causa directamente entre o enriquecido e o empobrecido, independentemente da forma que revista essa deslocação. Galvão Telles sustenta esta posição, para este autor, só existe empobrecimento se o lesado tiver sofrido a perda de um valor que pertencia ao seu património, correspondendo a ausência de causa justificativa à descoberta da vontade profunda da lei, sendo o ESC quando, segundo os princípios legais, não haja razão para ele.

#### *B) A teoria da ilicitude*

Schulz coloca pela primeira vez a questão jurídica da aplicação do instituto ao problema da intervenção em bens ou direitos alheios. A base do ESC consiste numa acção contrária ao direito. A seu ver, existiria um princípio de que ninguém deveria obter um ganho através de uma intervenção ilícita num direito alheio. Desse princípio resultaria que quem efectuasse uma intervenção objectivamente ilícita no direito alheio deveria restituir o resultado dessa intervenção.

Schulz aproxima assim o ESC à responsabilidade civil, pela referência a um conceito de ilicitude delitual.

Com base na doutrina de Schulz, surge a chamada teoria da ilicitude, segundo a qual o ESC tem como elemento decisivo a aquisição em desconformidade ao Direito de um benefício a partir de um património alheio.

#### *C) A doutrina da divisão do instituto*

A tese principal desta doutrina reside na divisão do instituto do ESC em duas categorias principais, sendo uma delas relativa às situações de enriquecimento geradas com base numa prestação do empobrecido e outra abrangendo as situações de enriquecimento não baseadas numa prestação, atribuindo-se nesta última papel preponderante ao enriquecimento por intervenção.

#### *D) Posição adoptada*

Menezes Leitão opta pela doutrina da divisão do instituto, por isso distingue as seguintes situações:

- enriquecimento por prestação;
- enriquecimento por intervenção;
- enriquecimento por despesas realizadas em benefício doutrem;
- enriquecimento por desconsideração de um património intermédio.

### **1.3 Modalidades de Enriquecimento Sem Causa**

#### **1.3.1 O enriquecimento por prestação**

##### *1.3.1.1 Conceito e modalidades típicas*

O enriquecimento por prestação respeita a situações em que alguém efectua uma prestação a outrem, mas se verifica uma ausência de causa jurídica para que possa ocorrer por parte deste a recepção dessa prestação. Nesta categoria, o requisito fundamental do ESC é a realização de uma prestação, que se deve entender como uma atribuição finalisticamente orientada.

Este conceito de prestação seria composto pelos seguintes requisitos:

- um elemento real consistente numa atribuição patrimonial que produza no receptor um enriquecimento;
- dois elementos, um cognitivo e outro volitivo, os quais se traduzem no facto de esse incremento do património do outrem exigir uma consciência da prestação e a vontade de prestar;
- elemento final, segundo o qual a atribuição tem que visar a realização de um fim específico (o incremento do património alheio).

Há várias modalidades possíveis de não obtenção do fim visado com a prestação:

#### *1.3.1.2 A repetição do indevido*

São pressupostos comuns à repetição do indevido :

- a realização de uma prestação com intenção de cumprir uma obrigação (*animo solvendi*);
- sem que exista uma obrigação subjacente a essa prestação (*indevido objectivo*);
- ou sem que esta tenha lugar entre *solvens* e *accipiens* (*indevido subjectivo*);
- ou deva ser realizada naquele momento (*cumprimento antecipado*).

O primeiro pressuposto referido no art.º 476.º n.º 1 é que algo tenha sido prestado com intenção de cumprir uma obrigação, a lei exige uma intenção solutória específica.

O segundo pressuposto é o de que a obrigação não existisse no momento da prestação, por não se ter chegado a constituir ou porque já estava extinta.

O *indevido subjectivo* acontece quando a prestação respeita a sujeitos diferentes daquele que recebeu ou realizou a prestação. O *indevido subjectivo ex latere accipientis* ocorre quando a prestação é realizada a terceiro, e não ao seu verdadeiro credor. O *ex latere solventis* ocorre quando a prestação é realizada por terceiro, e não pelo verdadeiro devedor. Neste caso, há que tomar em consideração a posição do credor, uma vez que este recebe o que lhe é devido, pelo que se torna dificilmente sustentável obrigá-lo pura e simplesmente à restituição. Essa restituição só é, por isso, admitida em casos excepcionais, referidos nos arts. 477.º e 478.º, pressupondo-se um erro do terceiro, cujos efeitos variam consoante ele julgue cumprir uma obrigação própria ou julgue estar obrigado perante o devedor a cumpri-la. Verificando-se que o terceiro cumpriu a obrigação alheia por a julgar própria, o art.º 477.º faz depender a restituição de o erro ser “desculpável”. Já no art.º 478.º regula-se a situação de o terceiro cumprir obrigação alheia na convicção errónea de estar obrigado para com o devedor a cumpri-la. Está-se perante uma atribuição patrimonial indirecta, já que o património do credor aparece como meramente interposto em relação ao património do devedor.

A lei estabelece ainda no art.º 476.º n.º 3 o caso do prestação realizada antes do tempo. Esta, obtém o fim visado (a extinção da obrigação), pelo que não é admitida a sua restituição. No entanto, uma vez que o devedor possui, em virtude do prazo da prestação, uma excepção material dilatória, o facto de renunciar a ela enriquece o credor. Se, porém, essa renúncia não é voluntária e resulta antes de um erro desculpável, verifica-se um incremento do património do credor sem causa jurídica, o que permite ao devedor exigir a sua restituição.

#### *1.3.1.3 A restituição da prestação por posterior desaparecimento da causa*

O art.º 473.º n.º 2 inclui entre as modalidades de ESC por prestação a hipótese de alguém ter recebido uma prestação em virtude de uma causa que deixou de existir. São casos da sua aplicação:

- posterior extinção do direito à prestação já recebida;
- a restituição do sinal em caso de cumprimento do contrato ou a sua extinção por impossibilidade ou revogação (art.º 442.º n.º 1);
- a restituição do título da obrigação após a extinção da dívida (art.º 788.º);
- a restituição da prestação em virtude da extinção do contrato por impossibilidade causal da contraprestação (art.º 795.º n.º 1);
- casos de extinção do casamento, quando um dos cônjuges realizou ao outro atribuições patrimoniais que excedam o cumprimento dos seus deveres conjugais e não revistam a natureza de uma doação.

#### *1.3.1.4 A restituição da prestação por não verificação do efeito pretendido*

O art.º 473.º n.º 2 inclui também a hipótese de alguém realizar uma prestação em vista de um efeito que não se verificou. Tem como pressupostos de aplicação:

- a realização de uma prestação visando um determinado resultado;
- correspondendo esse resultado ao conteúdo de um negócio jurídico;
- sendo que esse resultado não se vem posteriormente a realizar.

Em primeiro lugar, é necessário que seja realizada uma prestação, visando um resultado determinado. Exige-se que o resultado, ou seja, o fim da prestação, não respeite ao cumprimento de uma obrigação ou não se esgote nesse cumprimento. O resultado visado com a prestação tem assim que corresponder a um comportamento da outra parte, mais precisamente uma contraprestação, cuja realização se esperava quando se verificou a prestação.

Em segundo lugar, é necessário que esse resultado corresponda ao conteúdo de um negócio jurídico. Esse negócio não pode ser considerado como juridicamente vinculante, uma vez que nesse caso a frustração do fim da prestação não poderia dar lugar a uma restituição por ESC, dado que relevaria antes do regime do não cumprimento de contratos. Apenas quando o autor da prestação não tem qualquer

possibilidade jurídica de exigir o cumprimento da contraprestação é que lhe será permitido recorrer a esta modalidade. O que se exige é antes um acordo das partes sobre o fim da prestação.

Finalmente é necessário que o resultado visado não se venha a verificar.

É possível sustentar a aplicação desta figura à realização de prestações antecipadamente à constituição do contrato gerador das obrigações; à realização de prestações para provocar determinada actuação do receptor, a que este não pode ou não quer obrigar-se; e à realização de prestações com destinação do fim.

Esta modalidade é excluída sempre que o autor da prestação sabe que o resultado por ela visado é impossível ou, agindo contra a boa fé, impede a sua realização (art.º 475.º).

#### *1.3.1.5 O problema das atribuições patrimoniais indirectas*

A prestação, no ESC, muitas vezes não se refere imediatamente a uma única relação de atribuição entre duas pessoas, mas antes comporta várias relações de atribuição. Essas situações são denominadas de atribuições patrimoniais indirectas, podendo ocorrer em situações como a delegação; o contrato a favor de terceiro; a cessão de créditos; a assunção de dívida; e a fiança. Em todos estes casos geram-se relações trilaterais, compostas por 3 relações obrigacionais: a relação de cobertura, a relação de atribuição e a relação de execução.

A determinação do onerado com a obrigação de restituição passar por uma ponderação das regras relativas ao risco da prestação e do concurso de credores, através dos seguintes pontos de vista valorativos:

- manutenção das excepções;
- protecção contra as excepções de terceiro;
- justa repartição do risco de insolvência.

### **1.3.2 O enriquecimento por intervenção**

#### *1.3.2.1 Conceito e situações abrangidas*

O 473.º n.º 2 omite, mas deve ser considerada como situação de ESC, o caso da ingerência não autorizada no património alheio, como sucederá nos casos de uso, consumo, fruição ou disposição de bens alheios. Com base na cláusula geral do art.º 473.º n.º 1 deve ser atribuída nesses casos ao titular uma pretensão à restituição do ESC, sempre que essa pretensão não seja excluída pela aplicação de outro regime jurídico. O fim dessa pretensão será a recuperação da vantagem patrimonial obtida pelo interventor, o que ocorrerá sempre que, de acordo com repartição dos bens efectuada pela ordem jurídica, essa vantagem se considere como pertencente ao titular do direito.

A hipóteses mais comuns de enriquecimento por intervenção são as intervenções em **direitos absolutos**, como sejam os direitos reais (o uso, a fruição ou disposição da coisa cabe exclusivamente ao proprietário, pelo que o gozo ou disposição por outrem não autorizados legitimam sempre o titular a

exigir a restituição do enriquecimento, ainda que não tenha sofrido qualquer prejuízo efectivo) os direitos de autor e propriedade industrial, e os direitos de personalidade.

A aplicação do enriquecimento por intervenção não é, no entanto, restrita aos direitos absolutos podendo abranger posições jurídicas de outra natureza, como a posse, a protecção contra a concorrência desleal, o “direito à empresa” e a oferta de prestações contra retribuição.

Poderá ainda haver lugar à aplicação do enriquecimento por intervenção no caso de ocorrer uma disposição de direitos alheios eficaz em relação ao respectivo titular. Por exemplo, A vende sucessivamente o mesmo bem a B e a C, mas por força das regras de registo, acaba por prevalecer a aquisição de C. Neste caso, não há dúvida que A se enriquece injustificadamente à custa de B, pelo que haverá lugar à restituição por ESC.

A última situação em que pode haver lugar à aplicação do enriquecimento por intervenção diz respeito à realização da prestação a terceiro, que a lei considera eficaz em relação ao respectivo credor, por razões de tutela da aparência (art.ºs 583.º m.º 2 e 645.º).

### **1.3.3 O enriquecimento resultante de despesas efectuadas por outrem**

#### *1.3.3.1 O enriquecimento por incremento de valor de coisas alheias*

No âmbito do enriquecimento por incremento de valor de coisas alheias, encontram-se situações em que alguém efectua despesas (gastos de dinheiro, trabalho ou materiais) em determinada coisa, que se encontra na posse do benfeitorizante ou, mesmo não se encontrando na sua posse, ele acredita que a coisa lhe pertence. Pode ainda considerar-se neste âmbito a situação de alguém, embora conhecendo o carácter alheio da coisa, desconhece que se encontra a realizar as despesas com materiais seus e não com materiais alheios. O sacrifício económico suportado pelo empobrecido que determina a restituição do enriquecimento.

#### *1.3.3.2 O enriquecimento por pagamento de dívidas alheias*

Esta constitui a hipótese em que o empobrecido libera o enriquecido de determinada dívida que este tem para com um terceiro sem visar realizar-lhe uma prestação, nem estar abrangido por qualquer uma das hipóteses em que a lei lhe permite obter uma compensação por esse pagamento. É discutido na doutrina se nesta situação é admissível o recurso à acção de enriquecimento.

Pires de Lima e Antunes Varela entendem que, se o terceiro sabe que não é obrigado ao cumprimento e não tem interesse em cumprir, não lhe assiste, tanto em relação ao credor como em relação ao devedor, qualquer direito.

Pessoa Jorge recusou expressamente a possibilidade de uma acção de enriquecimento contra o devedor, admitindo apenas uma acção do solvens contra o credor no caso de o devedor consignar em depósito a prestação ou vier a cumprir posteriormente o mesmo crédito. Parece ser seu entendimento que, fora desta hipótese, o solvens não poderia ter acção nenhuma, quer contra o devedor, quer contra o credor.

Menezes Cordeiro entende ser de rejeitar uma situação de inexistência de qualquer acção, considerando que nesta hipótese existe claramente uma deslocação patrimonial sem causa, sendo de admitir uma acção de enriquecimento contra o devedor ou contra o credor, consoante aquele que se

enriquece com a operação. A acção será dirigida contra o credor quando a obrigação não existisse ou quando este receba nova prestação do devedor e será dirigida contra o devedor quando a obrigação existisse, mas este não a cumpriu.

Menezes Leitão entende que o terceiro que cumpre a obrigação deve apenas poder intentar a acção de enriquecimento contra o devedor e não contra o credor. Esta acção deve considerar-se admissível através da cláusula geral do art.º 473.º n.º 1.

#### **1.3.4 O enriquecimento por desconsideração de património**

Excepcionalmente a lei admite em certas situações a possibilidade de ultrapassar o património de alguém com quem o empobrecido entre em relação e demandar directamente com base no ESC um terceiro que obteve a sua aquisição não a partir do empobrecido, mas sim a partir do património interposto. Essa situação ocorre no art.º 481.º, no 289.º n.º 2 e no 616.º. Em todos estes casos ocorre um fenómeno de desconsideração de um património intermédio, o património do alienante, com a consequente não sujeição do empobrecido às regras do concurso de credores nesse património. Como pressuposto para este fenómeno de desconsideração exige-se apenas a existência de uma pretensão contra o alienante, a impossibilidade de satisfação dessa prestação, em virtude da insolvência do devedor ou da extinção do enriquecimento, e que a alienação de bens para o terceiro constitua uma causa menor de aquisição, referindo a lei como tais o negócio gratuito e o negócio paulianamente impugnado.

### **1.4 Pressupostos genéricos do enriquecimento sem causa**

#### **1.4.1 O enriquecimento**

Conceito de enriquecimento – art.º 473.º n.º 1, vantagem de carácter patrimonial, excluindo-se do âmbito deste instituto as vantagens obtidas à custa de outrem, que não sejam susceptíveis de avaliação pecuniária. Pode também consistir em prestações indevidas sem valor patrimonial.

Tem sido discutido se o enriquecimento deve ser definido:

- num sentido real-individual, como a vantagem patrimonial concreta de qualquer tipo, com valor pecuniário, obtida pelo enriquecido;
- ou num sentido patrimonial-global, através da comparação entre a situação patrimonial vigente e a situação patrimonial que existiria sem a obtenção do enriquecimento.

De acordo com a primeira concepção, o enriquecimento, quer como pressuposto, quer como objecto da obrigação de restituição deveria ser sempre entendido no sentido de “vantagem patrimonial concreta”. Se essa vantagem desaparece, em virtude de destruição ou alienação, a manutenção da pretensão de enriquecimento pressupõe uma sub-rogação real ou obrigacional. Verificando-se o desaparecimento dessa vantagem sem se verificar uma substituição ou uma indemnização, essa pretensão cessa. Porém, não se consideram relevantes consequências desvantajosas provocadas por esta aquisição noutros objectos patrimoniais do enriquecido ou que não tenham conexão com o enriquecimento.

De acordo com a concepção contrária, o enriquecimento não constitui uma vantagem patrimonial, mas antes uma valorização em termos económicos do património global do receptor. Para esta concepção,

o enriquecimento não é necessariamente provocado por uma deslocação patrimonial entre as partes, já que posteriores modificações unilaterais do património por parte do receptor podem retirar ou dar outro significado a essa deslocação patrimonial. O enriquecimento é definido através de um cálculo aritmético referido ao património do receptor.

A concepção maioritária na doutrina é a patrimonial, sendo definida como a valorização ou não desvalorização que o património apresenta e o que apresentaria se não tivesse ocorrido determinado facto.

Menezes Leitão adopta a concepção real.

O enriquecimento pode consistir em 5 aquisições:

- aquisição de direitos subjectivos, sejam eles reais ou de crédito ou qualquer reforço desses direitos;
- extinção de situações passivas como a liberação de obrigações ou de ónus reais;
- obtenção da faculdade de disposição sobre um bem alheio;
- obtenção da posse;
- obtenção de vantagens patrimoniais não apreensíveis em termos materiais, como sucede com as prestações de serviços ou com utilidade imateriais.

Em relação à poupança de despesas, Menezes Leitão entende que pode funcionar para determinação do eventual desaparecimento ou subsistência do enriquecimento, após a aquisição, em caso de boa fé do adquirente, sendo assim relevante para esse efeito.

#### **1.4.2 A obtenção do enriquecimento à custa de outrem**

O exigência do enriquecimento ser feito à custa de outrem tem sido interpretado pela doutrina como a exigência de um concomitante empobrecimento na esfera de outra pessoa. Menezes Leitão entende, no entanto, que este requisito não tem um significado unitário, tendo configuração e relevância diversas nas várias categorias de ESC.

No âmbito do enriquecimento por prestação, o requisito do enriquecimento à custa de outrem dissolve-se na própria autoria da prestação, sendo essa autoria que determina a legitimidade do credor da pretensão de enriquecimento, não sendo necessário fazer acrescer o requisito da obtenção do enriquecimento à custa de outrem.

No âmbito do enriquecimento por intervenção esse requisito adquire relevo central, uma vez que nem todos os que beneficiam de uma aquisição patrimonial têm que restituir o enriquecimento, a quem seja prejudicado por ela, havendo que determinar se se verifica ou não uma afectação do conteúdo da destinação de determinada posição jurídica do lesado. Só que a determinação dessa afectação não se identifica com qualquer dano patrimonial, que pode não existir como sucede nas hipóteses de utilização de bens alheios.

No enriquecimento por despesas efectuadas o requisito “à custa de outrem” reconduz-se à averiguação de qual foi o património que suportou economicamente a despesa, uma vez que só o titular deste património tem legitimidade para recorrer à pretensão do enriquecimento.

No enriquecimento por desconsideração de um património intermédio, “à custa de outrem” reside na impossibilidade de satisfação de um crédito contra o alienante, o que justifica a interposição da acção de enriquecimento contra o terceiro que dele obteve uma aquisição gratuita. Nesse sentido, pode-se considerar estar aqui presente a exigência de um prejuízo patrimonial do empobrecido, só que ele não está relacionado directamente com a aquisição do enriquecido, não fazendo assim sentido a configuração do empobrecimento como um dos pólos da deslocação patrimonial.

### **1.4.3 A ausência de causa justificativa**

A ausência de causa justificativa é o conceito mais indeterminado no âmbito do ESC. Por vezes, a doutrina limita-se a estabelecer a sua definição em termos puramente abstractos, salientando-se estar em causa a descoberta da profunda vontade legislativa através da interpretação da lei, considerando-se que o enriquecimento não terá causa justificativa quando segundo os princípios legais não haja razão de ser para ele, quando, segundo o sistema jurídico, deve pertencer a outrem, e não ao efectivo enriquecido ou quando inexistam normas que determinem a manutenção do enriquecimento.

Menezes Leitão entende que a ausência de causa justificativa não pode ser entendida unitariamente nas diferentes categorias de ESC, exigindo-se sempre a integração do caso numa categoria específica de ESC para se poder determinar o seu conteúdo e a sua relevância enquanto pressuposto do instituto.

No âmbito do enriquecimento por prestação está em causa um incremento consciente e finalisticamente orientado do património alheio, sendo a não realização do fim visado com esse incremento que determina a restituição. A não realização desse fim é tipificada no art.º 473.º n.º 2 por referência a uma relação obrigacional, cuja execução se visou mas que por qualquer razão não existe subjacente a essa prestação.

No âmbito do enriquecimento por intervenção é necessário averiguar se existe alguma situação que legitime a manutenção do enriquecimento na esfera do enriquecido, como, por exemplo, um contrato celebrado, a posterior aprovação da conduta, ou uma permissão legal de ingerência. Se não houver, não existe causa justificativa.

No caso do enriquecimento por despesas, a ausência de causa justificativa deve basear-se na inexistência de normas que autorizem a conservação excepcional do enriquecimento.

No enriquecimento por desconsideração do património, reconduz-se à verificação de uma causa minor da aquisição em relação ao terceiro, como o são o negócio gratuito e o negócio paulianamente impugnado.

## **1.5 A obrigação de restituição por enriquecimento sem causa**

### **1.5.1 Objecto da obrigação de restituição**

#### *1.5.1.1 Concepção real e concepção patrimonial da restituição*

O art.º 479.º n.º 1 procura delimitar o objecto da obrigação de restituição do enriquecimento, salientando que esta “compreende tudo quanto se tenha obtido à custa do empobrecido ou, se a restituição

em espécie não for possível, o valor correspondente”. O n.º 2 acrescenta que a obrigação não pode exceder a medida do locupletamento existente à data da citação para a acção de restituição ou no momento em que o empobrecido tem conhecimento da falta de causa do seu empobrecimento ou da falta do efeito que se pretendia obter com a prestação (cfr. Art.º 480.º parte final).

O regime afigura-se mais benéfico para o enriquecido, uma vez que, no âmbito do não cumprimento das obrigações, o perecimento do objecto da obrigação, por culpa do devedor, geraria sempre a responsabilidade deste, o que o nosso legislador não prevê, a não ser a partir do momento em que existe má fé (cfr. Art.º 480.º).

A explicação para esse regime resulta do facto de o art.º 479.º pressupor que o enriquecido geralmente desconhece a inexistência de causa do seu enriquecimento e acredita no carácter definitivo da sua aquisição. Em virtude da tutela da confiança, a lei entende que a delapidação do enriquecimento constitua um risco que cabe ao credor suportar, mesmo em caso de existência de culpa do devedor. Tal regime só deixa de se aplicar em caso de má fé do devedor onde por definição o problema da tutela da confiança não se põe.

O valor de “tudo quanto se tenha obtido” pode ser definido com referência ao valor objectivo da aquisição, ou com referência ao aumento patrimonial por ela causado. Na doutrina portuguesa, a interpretação do art.º 479.º tem assentado na referência de que a extensão da pretensão de enriquecimento se encontra duplamente limitada, por um lado, pelo ganho obtido pelo empobrecido, e por outro, pelo empobrecimento sofrido pelo empobrecido. É a denominada teoria do duplo limite tradicional, defendida entre nós por Galvão Telles. Segundo ela, a medida da restituição está sujeita a um duplo limite, constituído simultaneamente pelo enriquecimento e pelo empobrecimento, sendo ambos apreciados em termos patrimoniais. O objecto da restituição corresponde sempre ao menor desses dois limites. Houve depois uma reformulação desta doutrina, passou a entender-se de forma diferente o limite do empobrecimento. Para Pereira Coelho, o empobrecimento deveria ser apreciado em abstracto (em sentido real, correspondente ao valor de mercado da utilização do bem).

Doutrina dominante (Antunes Varela, Almeida Costa, Rui de Alarcão e Leite de Campos) afirmam que o segundo limite abrangerá antes todos os proventos conseguidos a expensas do titular da coisa, mediante o uso, fruição e consumo indevidos dela, e que poderão não coincidir com o seu valor objectivo, admitindo apenas que o enriquecido deduza ao lucro de intervenção a parte que corresponda ao emprego de factores que lhe pertençam.

**Menezes Cordeiro** sustenta a existência de um triplo limite: o enriquecimento em concreto por um lado, e o empobrecimento em abstracto ou em concreto, conforme o que for superior, por outro lado. A esta concepção veio a aderir Ribeiro de Faria.

#### *1.5.1.2 Posição adoptada por Menezes Leitão*

##### *A) A variação da obrigação de restituição nas várias categorias de enriquecimento sem causa*

Nenhuma das concepções lhe parece adequada. Considera metodologicamente inadequado considerar a obrigação de restituição como duplamente limitada pelo enriquecimento e pelo empobrecimento, conforme tem vindo a fazer a nossa doutrina, havendo antes que determinar primariamente, consoante a

categoria de ESC, o que se obteve à custa de outrem, para depois se averiguar se o enriquecimento ainda subsiste no momento do conhecimento da sua ausência de causa.

*A) A restituição do obtido à custa do empobrecido*

- enriquecimento por prestação

No enriquecimento por prestação, em se tratando de prestações de coisa, o “obtido à custa de outrem” deve ser o próprio objecto prestado. Na hipótese de pagamento de dívidas alheias, o obtido à custa de outrem reside na liberação do devedor, correspondendo ao seu aumento patrimonial. Nos casos de prestação de facto, bem como nos de prestações ou intervenções que redundem na utilização ou consumo de bens alheios, a doutrina tem discutido qual o objecto primário da restituição, tendo havido quem sustentasse consistir na poupança de despesas por parte do enriquecido, outros que defenderam consistir no próprio resultado da exploração, e outros que sustentaram que esse objecto residia na possibilidade de uso ou exploração. A posição maioritária defende que consiste no próprio uso ou consumo dos bens alheios ou no serviço prestado, representando por isso a própria vantagem incorpórea e não os seus reflexos no património do enriquecido. Atenta a impossibilidade de restituição em espécie, haverá por isso que restituir o valor correspondente, determinado através do seu preço comum no mercado.

- enriquecimento por intervenção

É discutido se o interventor deve simplesmente restituir o valor da exploração de bens alheios ou se deve restituir antes todo o ganho que obteve em virtude dessa intervenção. Menezes Leitão opta pela primeira solução. Se, por exemplo, alguém ocupar durante as férias uma casa alheia ou retirar areia do terreno vizinho o objecto da restituição será o valor locativo da casa ou o preço da areia subtraída.

- enriquecimento por despesas

No âmbito desta categoria, há que defender que o objecto de restituição consiste na poupança de despesas, no entanto, Menezes Leitão opta pela tese de que o obtido à custa de outrem consiste nas benfeitorias adquiridas ou na liberação de obrigações.

*B) A restituição do valor correspondente, em caso de impossibilidade de restituição em espécie*

Verificando-se a impossibilidade de restituição em espécie, ficará o empobrecido obrigado a restituir o valor correspondente (art.º 479.º n.º1). Para interpretação desta disposição haverá que determinar primeiro o sentido objectivo da impossibilidade de restituição em espécie para depois se averiguar por que forma se deve calcular a dívida de valor, no âmbito desta obrigação.

O conceito de impossibilidade de restituição no âmbito do ESC não parece ser diferente do que aquele que vigora em sede de impossibilidade de prestação, a que se referem is arts. 790.º e ss. Exige-se consequentemente que a impossibilidade seja absoluta e definitiva. Já não parece necessário que a impossibilidade seja superveniente, uma vez que a restituição do valor deve por natureza aplicar-se às situações em que a restituição em espécie seja originalmente impossível, como acontece nos casos de

realização indevida de prestações de serviços. Caso a impossibilidade seja meramente subjectiva, como sucede no caso de alguém alienar uma coisa recebida indevidamente, haverá igualmente lugar à aplicação da obrigação de restituição do valor.

Menezes Leitão defende a aplicação de um conceito de avaliação objectiva do valor, ou seja, calculado de acordo com o valor de mercado do bem sem consideração do seu valor no património do adquirente.

#### *B) A aplicação do limite do enriquecimento em caso de boa fé do enriquecido*

O n.º 2 do art.º 479.º determina que a obrigação de restituir não pode exceder a medida do locupletamento existente à data da citação do enriquecido para a acção de restituição ou do momento em que ele tem conhecimento da falta de causa do seu enriquecimento. Isto levanta várias questões.

A primeira questão que surge é se essa limitação de obrigação de restituição ao enriquecimento actual se aplica às hipóteses de enriquecimento por prestação (Menezes Cordeiro) ou se nestas o objecto da restituição é meramente a prestação realizada sem se tomar em consideração o enriquecimento do receptor (Leite de Campos).

Menezes Leitão entende que a solução que resulta da lei consiste na aplicação da limitação ao enriquecimento subsistente às categorias do enriquecimento por prestação.

Surge depois a questão de determinar em que termos se pode considerar verificada a diminuição do enriquecimento. A doutrina da confiança parece a mais adequada, diminuem o enriquecimento as desvantagens que ocorrem para o enriquecido em virtude de este ter confiado na conformidade ao direito da sua aquisição, desde que não resulte dos critérios de distribuição do risco, que deva ser o enriquecido a suportar o risco da diminuição do empobrecimento. Tal não invalida, porém, a necessidade da aplicação diferenciada deste critério no âmbito de cada categoria de ESC:

##### - No enriquecimento por prestação

Caso se trate de uma prestação de coisa e se verifique o consumo, alienação, transformação ou perecimento da coisa prestada, o receptor tem que responder apenas pelo valor remanescente do seu património. Assim, o receptor não responderá em caso de investimentos falhados do dinheiro recebido, por não lhe ser aplicável o regime relativo à restituição do mutuário, em virtude da limitação do enriquecimento subsistente. Mas a sua responsabilidade também será diminuída se, por virtude da prestação, o receptor decidir realizar despesas que de outra forma não teria realizado.

No caso de prestação de um facto, a doutrina alemã tem entendido um conceito diferente do limite do dano, no sentido de que o que deve ser restituído não seria o valor objectivo de tráfego ou do serviço prestado, mas antes a poupança de despesas do receptor ou um cálculo de valor orientado ao património do receptor.

Menezes Leitão discorda desta posição, dizendo que a solução reside na aplicação do limite do enriquecimento. O valor do que se obteve à custa de outrem corresponde ao limite do dano e este deve ser determinado em abstracto, de acordo com o valor comum dessa prestação de serviços no tráfego.

##### - No enriquecimento por intervenção

Nesta categoria raramente poderá ocorrer uma restituição em espécie, já que normalmente se obtém uma vantagem incorpórea, que apenas pode ser restituída em valor. Estabelece-se uma analogia com a responsabilidade civil, há uma limitação relativamente às desvantagens que diminuem o enriquecimento, por forma a que nem todas estas possam considerar-se relevantes para efeito de limitação da obrigação de restituição, aplicando-se à limitação do enriquecimento o regime previsto no art.º 570.º, não se aceitando neste caso a diminuição do enriquecimento que resulte de um facto culposo do próprio enriquecido.

- No enriquecimento por despesas efectuadas

Neste âmbito, a aplicação do limite do enriquecimento apresenta-se como problemática, uma vez que essa aplicação depende do desconhecimento da ausência de causa jurídica por parte do enriquecido e nesta categoria de ESC não é especialmente relevante a causa jurídica da aquisição, mas antes o facto de ela ser suportada economicamente por outrem, sendo imposta ao enriquecido. Menezes Leitão considera que a aplicação do limite do enriquecimento só se justifica em caso de boa fé do enriquecido. Havendo boa fé do enriquecido, a aplicação do limite do enriquecimento deverá tomar em conta a planificação subjectiva do enriquecido, não se considerando haver um enriquecimento efectivo se o incremento de valor não tem para ele qualquer utilidade. Na determinação desta planificação subjectiva é relevante a poupança de despesas, uma vez que o enriquecimento subsiste se o enriquecido planeava efectuar despesas que desse modo poupou.

### **1.5.2 Agravamento da obrigação de restituir**

O artigo 480.º estabelece um regime especial para o caso de se verificar o conhecimento da ausência de causa justificativa pelo enriquecido, ou este ter sido citado judicialmente para a acção de restituição. Esta disposição pretende estabelecer um agravamento da responsabilidade do enriquecido, para as hipóteses de ausência de boa fé subjectiva da sua parte, por se entender que a aplicação paradigmática do regime do ESC se refere a casos de boa fé do enriquecido.

A concretização desta norma levanta problemas específicos. Em primeiro lugar, no estabelecimento da responsabilidade pelo perecimento ou deterioração culposa da coisa. Se para além da obrigação de restituir, o enriquecido provocar culposamente a perda ou deterioração do objecto que deveria restituir, deverá indemnizar essa perda, obrigação que se cumula com a restituição do valor limitada pelo seu efectivo enriquecimento.

A responsabilidade prevista no art.º 480.º depende de culpa, não podendo por isso considerar-se uma responsabilidade por garantia. É duvidoso se esta responsabilidade aqui prevista deve seguir o regime da responsabilidade obrigacional ou o da responsabilidade delitual. Entende-se que é caso de responsabilidade obrigacional.

### **1.5.3 Transmissão da obrigação de restituir**

O art.º 481.º prevê a hipótese de o enriquecido ter alienado gratuitamente coisa que devesse restituir, dispondo que essa alienação determina sempre a constituição de uma nova obrigação de restituir o enriquecimento entre o adquirente e o empobrecido.

Ao prever uma situação em que a obrigação de restituição pressupõe um negócio jurídico independente celebrado com terceiro, o art.º 481.º contempla uma hipótese de desconsideração de um património intermédio.

O primeiro pressuposto de aplicação do 481.º é que o alienante se tenha constituído como enriquecido e, portanto, como devedor na obrigação de restituição do enriquecimento.

O segundo, é que se tenha verificado a transmissão gratuita da coisa que devesse restituir, facto que importa a extinção da responsabilidade do alienante de boa fé e origina que o terceiro fique obrigado em lugar dele.

Se ocorrer má fé do alienante, já não se verifica a extinção da pretensão do empobrecido contra o alienante, pelo que é duvidosa a responsabilização de terceiro. Estando o terceiro também de má fé, a lei estabelece que ele responde nos mesmos termos que o alienante. Existe má fé solidária nos termos no art.º 497.º.

#### **1.5.4 Prescrição do direito à restituição**

Nos termos do artigo 482.º o direito à restituição por enriquecimento prescreve no prazo de 3 anos, a contar da data em que o credor teve conhecimento do direito que lhe compete e da pessoa do responsável, sem prejuízo da prescrição ordinária, se tiver decorrido o respectivo prazo a contar do enriquecimento.

Se o empobrecido deixar passar o prazo ordinário (art.º 309.º, 20 anos) ou o prazo estabelecido neste artigo (3 anos), o enriquecido poderá opor-lhe eficazmente a prescrição do seu direito (304.º n.º 1).

## **2. A GESTÃO DE NEGÓCIOS**

### **3.1 Conceito e função da gestão de negócios**

A gestão de negócios (GN) consiste num instituto jurídico destinado a permitir a realização de uma **colaboração não solicitada** entre sujeitos privados, sem descuidar a protecção da esfera jurídica do titular contra intervenções prejudiciais. Daí a circunstância de a lei ponderar simultaneamente a protecção dos interesses do dono do negócio, através da imposição de deveres ao gestor, bem como a sua eventual responsabilidade pelos danos que causar, bem como a atribuição de uma compensação ao gestor pelas despesas suportadas e prejuízos sofridos.

### **3.2 Pressupostos da gestão de negócios**

#### **3.2.1 Análise geral**

A referência aos pressupostos da GN encontra-se no art.º 464.º, donde se retiram três:

- Assunção da direcção de negócio alheio;
- No interesse e por conta do dono do negócio;
- Falta de autorização.

### 3.2.2 A assunção da direcção de negócio alheio

#### *A actividade de GN e o tipo de actos que dela são objecto*

Quanto à assunção da direcção de negócio, ela consiste numa perífrase do termo latino “*negotiorum gestio*”, que significa literalmente acção de dirigir negócios. Poderemos assim deduzir que esta norma pressupõe a existência de uma actividade do gestor, designando a expressão negócio precisamente os actos que dela são objecto, não podendo assim ser considerado GN uma conduta omissiva (x MC). Quanto aos actos que podem ser objecto dessa actividade, a lei não estabelece qualquer distinção, podendo consequentemente abranger-se não apenas **negócios jurídicos**, mas também simples **actos jurídicos**, ou mesmo **actos materiais**. A gestão poderá também abranger não apenas actos de mera administração, mas também actos de administração extraordinária, ou mesmo de disposição. Não parece também necessário que os actos abrangidos na GN tenham de revestir carácter patrimonial.

Estão excluídos da GN os actos contrários à lei, à ordem pública ou ofensivos dos bons costumes, por tal representar uma conduta proibida em relação ao gestor, bem como aqueles em que não seja possível a substituição do dominus, por nesse caso não haver qualquer utilidade para este na intervenção do gestor.

#### **A alienidade do negócio**

Relativamente à alienidade do negócio, parece possível estabelecer uma distinção entre duas categorias:

- a dos negócios objectivamente alheios;
- a dos negócios subjectivamente alheios.

Os negócios objectivamente alheios correspondem às situações em que a GN implica uma ingerência na esfera jurídica do dominus.

Os negócios subjectivamente alheios correspondem a situações em que o gestor não efectua qualquer ingerência numa esfera jurídica alheia, mas em que é possível visualizar, a partir da sua intenção, que pretende actuar para outrem.

A inclusão destas duas categorias de negócios no âmbito do conceito de alienidade levanta dúvidas sobre se esta deve ser definida em termos objectivos (através da busca de um critério que permita determinar a pertença objectiva do negócio a outrem), em termos subjectivos (através da averiguação em ambos os casos da intenção do gestor) ou em termos dualistas (aplicando-se o primeiro critério aos negócios objectivamente alheios e o segundo aos negócios subjectivamente alheios).

Menezes Leitão – as soluções dualistas devem ser rejeitadas, uma vez que implicam a renúncia à busca de um critério unitário para o estabelecimento da alienidade do negócio. Em relação às teorias objectivas,

elas têm o defeito de não fornecerem qualquer critério adequado que permita determinar a alienidade no caso dos negócios subjectivamente alheios. Inclina-se por isso para uma construção subjectiva do conceito de alienidade, estando-se perante um **negócio alheio, para efeitos do art.º 464.º, sempre que se verifique da parte do gestor a intenção de atribuir a outrem o resultado da sua actividade.**

### 3.2.3 A exigência de que a gestão se faça no interesse e por conta do dominus

#### B) A utilidade da gestão

A lei exige que a gestão seja assumida no interesse e por conta do dominus. A maioria da doutrina, como Galvão Telles, Antunes Varela, Almeida Costa, Rui de Alarcão, interpreta esta expressão como referida exclusivamente à intenção de gestão. Na sequência de Pessoa Jorge e Menezes Cordeiro, Menezes Leitão defende, porém, que nessa expressão se abrange não apenas a **intenção de gestão**, mas também a **utilidade da gestão**. Efectivamente, a tutela dos interesses do dominus exige que não se possa considerar atribuída ao gestor a possibilidade de exercer a gestão, quando não existe qualquer utilidade para o dominus nessa gestão. Será o caso, por exemplo, quando o dominus se encontre a exercer ele próprio essa gestão ou tenha proibido a intervenção do gestor.

Problema quanto ao momento da determinação da utilidade da gestão, critérios:

- *utiliter coeptum*, a utilidade da gestão determina-se no **momento da sua assunção**.
- *Utiliter gestum*, a utilidade da gestão determina-se no momento da sua conclusão.

A nossa lei optou pelo critério do *utiliter coeptum*, ao considerá-lo como pressuposto inicial da gestão (art.º 464.º). Os resultados dessa opção são, no entanto, mitigados pelo facto de se estabelecer como pressuposto da acção contrária um critério da utilidade relativo à execução da gestão (art.º 468.º n.º 1) e se responsabilizar o gestor pela sua actuação desconforme ao interesse e vontade do dominus (art.º 466.º n.º 2).

Os termos em que se deve estabelecer a **utilidade inicial da gestão** resulta do art.º 340.º n.º 3, que só considera lícitas as intervenções se estas se dão no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.

#### C) A intenção da gestão

O art.º 464.º ao referir que a gestão deve ser realizada por conta do dono do negócio, vem exigir uma intenção específica do gestor de actuar para outrem. Essa intenção específica do gestor de actuar para outrem é tradicionalmente denominada de *animus aliena negotia gerendi*. A *animus* deve ser entendido como a **intenção de atribuir os efeitos do negócio a outrem**, ou seja, a intenção do gestor de que os resultados da sua actuação, quer em termos de benefícios, quer em termos de prejuízos, não se destinem a ele, mas ao dono do negócio.

### 3.2.4 A falta de autorização

A falta de autorização pressupõe a não aplicação do instituto sempre que exista alguma relação específica entre o gestor e o dominus, que legitime a sua intervenção, com base num critério distinto da simples utilidade para o dominus da sua intervenção. Assim, **o gestor não poderá recorrer à GN se estiver autorizado ou vinculado por negócio jurídico a exercer a sua intervenção** (procuração, mandato ou prestação de serviços), ou se a lei lhe impuser um dever específico de exercer a gestão (pais em relação aos filhos, por ex).

### **3.3 Deveres do gestor para com o dono do negócio**

O art.º 465.º refere-se aos deveres do gestor para com o dono do negócio, sendo mencionada no art.º 466.º a constituição do gestor em responsabilidade para com o dono do negócio. Estas normas levantam muitas questões.

A primeira surge em relação a saber se o gestor terá algum dever para com o dominus de prosseguir a gestão, a partir do momento em que a inicia, dado que o art.º 466.º, n.º 1, responsabiliza o gestor pelos danos que causar com a injustificada interrupção da gestão.

A posição de Vaz Serra foi adversa à instituição de uma obrigação de o gestor prosseguir o negócio que inicia, entendendo que **o gestor é, em princípio livre de abandonar a gestão no momento que entender, só não o podendo fazer se o abandono da gestão fosse provocar ao dominus danos que ele não teria sem essa gestão**. A mesma posição é seguida por Menezes Cordeiro, admitindo ainda indemnização pelos danos causados (se o gestor fosse obrigado a prosseguir a gestão, existiria execução específica e não há).

Esta tese é contrariada por Antunes Varela e Armindo Ribeiro Mendes, que entendem que a responsabilização do gestor pela interrupção da gestão pressupõe um dever de este a continuar até que o negócio chegue a bom termo ou o dominus esteja em condições de prover por si mesmo.

Menezes Leitão entende que **não está legalmente consagrada uma obrigação de continuar a gestão até ao fim**, uma vez que a lei se limita a responsabilizar o gestor pelos danos que causar com a interrupção injustificada da gestão. Assim, o que a lei consagra é um dever específico de protecção do dominus.

Nos termos do art.º 465.º a) o gestor tem antes de tudo o dever de exercer a gestão em conformidade “com o interesse e a vontade, real ou presumível, do dono do negócio, sempre que esta não seja contrária à lei, à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes”. Este dever relaciona-se com o requisito da utilidade e corresponde à obrigação de manter a utilidade da gestão durante todo o tempo que esta venha a ser exercida. Neste caso, a referência ao “interesse” representa a utilidade objectiva da gestão para o dominus, sendo a “vontade” a representação subjectiva que o dominus faz dessa utilidade.

Esta norma suscita vários problemas de interpretação. O primeiro diz respeito a averiguar o que sucede em caso de **ocorrer contradição entre o interesse e a vontade do dominus**. Para alguma doutrina, como Galvão Telles e Menezes Cordeiro, nesse caso, o gestor deveria abster-se de agir. Outros autores como Vaz Serra e Ribeiro Mendes atribuem prevalência ao elemento “interesse no dominus”, considerando que o gestor não deverá prosseguir na gestão, contrariando o interesse objectivo do dominus, mesmo que esteja de acordo com o seu interesse subjectivo. Para Menezes Leitão, não se deverá atribuir uma hierarquia rígida a estes dois critérios. Entende que nessa aplicação deverá ter maior peso o

elemento da vontade do dominus, uma vez que cada indivíduo é o melhor juiz dos seus próprios interesses.

O dever de respeito pela vontade do dominus não deve, no entanto, ser levada longe demais, a própria lei define limites a essa vontade. Mas não se admite que o gestor assuma deveres que o dominus não reconhece, ou imponha ao dominus soluções desconformes com a sua liberdade de consciência, ainda que conformes à moral social dominante. Tratando-se de deveres legais exequíveis de per si, vectores e princípios fundamentais do ordenamento jurídico, ou deveres abrangidos no núcleo básico da moral social dominante, o gestor estará autorizado a desrespeitar a vontade do dominus.

Também nos termos do art.º 465.º b) o gestor tem o dever de avisar o dominus logo que possível de que assumiu a gestão. A sua função é a de **atribuir ao dominus uma última possibilidade de manter a situação sob seu controle ainda que indirecto, quer proibindo a gestão, quer atribuindo mandato a quem o assumiu**. Daí que, em princípio, o gestor deva aguardar pela decisão do dominus após o aviso. No entanto, o incumprimento deste dever de aviso não exclui o direito do gestor ao reembolso de despesas nos termos do art.º 468.º n.º 1, podendo apenas atribuir ao dominus um direito de indemnização pelos danos causados (posição diferente de Pires de Lima/Antunes Varela, Almeida Costa e Ribeiro de Faria, que consideram que o incumprimento desta obrigação não acarreta apenas a responsabilidade do gestor pelos danos causados, mas também a ilegitimidade da gestão, com a consequente caducidade de todas as obrigações do gestor para com o dominus).

O art.º 465.º c) e d) prevêm ainda o dever de o gestor prestar contas findo o negócio ou interrompida a gestão, ou quando o dono as exigir, e de prestar ainda todas as informações relativas à gestão.

O artigo 465.º e) estabelece que o gestor tem o dever de entregar ao dominus tudo o que tenha recebido de terceiros no exercício da gestão ou o saldo das respectivas contas, com os juros legais, a partir do momento em que a entrega haja de ser efectuada.

### **3.4 A responsabilidade do gestor**

Relativamente à responsabilidade do gestor, o art.º 466.º vem prever que o gestor é responsável tanto pelos danos que causar com culpa sua no exercício da gestão como com a injustificada interrupção desta, considerando-se culposa a sua actuação sempre que ele agir em desconformidade com o interesse ou a vontade real ou presumível do dono do negócio.

A interpretação desta norma tem sido discutida na doutrina. Para Galvão Telles, o desrespeito do interesse ou vontade do dono do negócio não evolve só por si culpa, representando o facto objectivo da violação da obrigação do gestor, a que tem de acrescer o requisito subjectivo da culpa, embora esta se presuma, nos termos no art. 799.º n.º 1. Para o autor a culpa deve ser apreciada em conformidade com a diligência de um bom pai de família, de acordo com as circunstâncias do caso.

Para outros autores como Antunes Varela e Ribeiro de Faria, não deve ser exigido ao gestor um padrão de diligência superior à que ele é capaz, uma vez que se trata de uma actuação espontânea e altruísta, onde seria inadequado utilizar o critério geral do bom pai de família, sendo que, por outro lado, para o dominus a intervenção de um gestor menos diligente é sempre preferível a que os seus negócios fiquem simplesmente ao abandono.

Almeida Costa adopta uma tese intermédia, diz que a regra geral será a de não se exigir do gestor um zelo ou diligência superior àquela que coloca nos seus próprios negócios. No entanto, já passará a ser exigida a diligência de um bom pai de família sempre que a gestão seja exercida por profissional ou o gestor tenha, deliberada e conscientemente, através da sua intervenção impedido outra pessoa de gerir o negócio.

Menezes Leitão entende que o gestor deve ficar sempre sujeito à diligência de um bom pai de família, prevista no art.º 487.º n.º 2, uma vez que a intervenção do gestor se apresenta sempre como uma forma de realizar uma prestação ao dominus, não se encontrando razão para que a diligência no exercício dessa prestação seja apreciada de forma diferente do que o que resulta do regime geral das obrigações.

### **3.5 Deveres do dono do negócio para com o gestor**

Os deveres do dono do negócio em face do gestor, variam consoante se trate de uma gestão regular ou irregular.

Se a **gestão é regular**, o que significa que foi exercida em conformidade com o interesse e a vontade, real ou presumível, do dono do negócio, o gestor tem direito a ser reembolsado de todas as despesas suportadas e indemnizado dos prejuízos que haja sofrido (art.º 468.º n.º 1). Não é atribuída nenhuma remuneração pela sua actuação, a menos que tal corresponda à sua actividade profissional (art.º 470.º).

Se a **gestão é irregular**, o que significa que nela não foi respeitado o dever previsto no art.º 465.º a), então o dono do negócio responde apenas de acordo com as regras do enriquecimento sem causa (art.º 468.º n.º 2).

### **3.6 A aprovação da gestão**

O art.º 469.º vem prever que a aprovação da gestão envolve a renúncia ao direito de indemnização por danos devidos a culpa do gestor, valendo como reconhecimento dos direitos que lhe competem. Para Galvão Telles, a situação aqui referida não se pode considerar como renúncia à indemnização, sendo antes um reconhecimento de que a gestão foi regular e insusceptível de constituir o gestor em responsabilidade.

### **3.7 Posição do dono do negócio em face de terceiros**

#### **3.7.1 Generalidades**

Se a GN tiver consistido na prática de actos jurídicos como contratos, coloca-se o problema da posição do dono do negócio em face dos terceiros que celebram esses negócios com o gestor. Analisando o art.º 471.º há que estabelecer uma distinção entre a actuação do gestor em nome do dono do negócio (GN representativa) e a actuação do gestor em nome próprio (GN não representativa).

#### **3.7.2 A GN representativa**

Na GN representativa a projecção na esfera do dominus dos efeitos dos negócios celebrados pelo gestor é realizada através do mecanismo da representação. **Mas a atribuição de poderes representativos só pode ocorrer à posteriori, com eficácia retroactiva, pelo instituto da ratificação** (art.º 268.º). Esta consiste no acto pelo qual o dono do negócio se apropria dos efeitos jurídicos dos negócios celebrados pelo gestor em nome daquele.

Caso o negócio celebrado pelo gestor não seja ratificado pelo dominus, ele não produzirá efeitos em relação a este, por ausência de poderes representativos, nem em relação àquele, por não ser em seu nome que o negócio foi celebrado, verificando-se assim uma situação de ineficácia absoluta.

Mas o que sucede se uma das partes veio a realizar uma prestação, contando com a futura ratificação do negócio? Alguma doutrina pretende aplicar aqui o regime da nulidade por falta de sujeito material, o que legitimaria a restituição das prestações realizadas, ao abrigo do art.º 289.º (Pessoa Jorge). Porém, a falta de uma das declarações negociais acarreta antes a não celebração do negócio, sendo a restituição das prestações executadas antes um caso de enriquecimento sem causa (Menezes Leitão).

Quanto à relação entre a aprovação e ratificação, a maioria da doutrina sustenta que são actos completamente distintos, pelo que a realização de um não envolve necessariamente a realização do outro (Antunes Varela, Almeida Costa, Ribeiro de Faria). Outros autores sustentam antes que a ratificação dos negócios celebrados pelo gestor envolve uma aprovação tácita da gestão (Pessoa Jorge).

Há que distinguir os efeitos e a função dos dois actos. A **aprovação ocorre nas relações internas, já a ratificação ocorre nas relações com terceiros, aos quais se dirige**. Os requisitos de forma são diversos já que a aprovação não está sujeita a forma especial, podendo ser inclusivamente tácita (art.º 219.º e 217.º), enquanto que a ratificação está sujeita à forma exigida para a procuração (art.º 268.º n.º 2).

### 3.7.3 A GN não representativa

Aqui, o gestor actua em nome próprio, está excluída a possibilidade de representação, daí que o art.º 471.º mande aplicar o regime do mandato sem representação, ou seja, os art.ºs 1180.º e ss.

## 3.8 A GN alheios julgados próprios e a GN imprópria

No art.º 472.º prevê-se a situação da GN alheios julgados próprios, referindo-se que se o gestor exercer a gestão, convencido de que o negócio lhe pertence, o regime da GN apenas se aplica se houver aprovação da gestão. Se o dominus aprovar a gestão, por força do 469.º, o gestor adquirirá os direitos previstos no art.º 468.º n.º 1 e o dominus poderá exercer contra ele as pretensões constantes do art.º 465.º. Do artigo 472.º resulta que a intenção da gestão é um dos elementos essenciais da GN. O dono do negócio responde apenas segundo as regras do enriquecimento sem causa (art.º 479.º n.º 1) ou segundo outro regime que eventualmente seja aplicado, ficando o gestor sujeito à responsabilidade civil, se a sua ingerência na esfera jurídica do dominus for efectuada culposamente.

Não se encontra prevista entre nós a figura da GN imprópria, que corresponde à situação em que o gestor gere por conta própria um negócio que sabe ser alheio, ou seja, não há aqui falta de consciência de alienidade.