

O cumprimento e incumprimento das obrigações no direito português

– com algumas observações de direito comparado referentes ao direito alemão –

Die Erfüllung und Nichterfüllung von Verbindlichkeiten im portugiesischen Zivilrecht

– mit einigen rechtsvergleichenden Anmerkungen zum deutschen Recht –

Autor: Alexander Rathenau

Data: 30 de Julho de 2006 (56 páginas) / 30. Juli 2006 (56 Seiten)

Bibliografia: *Manuel A. Domingues de Andrade*, Teoria Geral das Obrigações, com a colaboração de Rui de Alarcão, Coimbra 1966 [citado: *Andrade*, Obrigações, pág.]; *Abel Delgado*, Do Contrato-Promessa, 3.º edição, Lisboa 1985 [citado: *Delgado*, Do Contrato-Promessa, pág.]; *Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos*, Notas ao Código Civil, Volume III (artigos 534º a 826º), Lisboa 1993 [citado: *Bastos*, Notas, volume III, pág.]; *id.*, Notas ao Código Civil, volume IV (artigos 827º a 1250º), Lisboa 1995 [citado: *Bastos*, Notas, volume IV, pág.]; *Luís Manuel Teles de Menezes Leitão*, Direito das obrigações, volume II, Transmissão e extinção das obrigações, não cumprimento e garantias de crédito, 3.ª edição, Coimbra 2005 [citado: *Leitão*, Direito das obrigações, volume II, pág.]; *Abílio Neto*, Código Civil anotado, 11.º edição, Lisboa 1997 [citado: *Neto*, CC anotado, pág.]; Ana Prata, Dicionário Jurídico – Direito Civil, Direito Processual Civil, Organização Judiciária, 4.º edição, Coimbra 2005 [citado: *Prata*, Dicionário, pág.]; *Fernando Andrade Pires de Lima/João de Matos Antunes Varela*, Código Civil Anotado, Volume II (artigos 762º a 1250º), 2.ª edição, Coimbra 1981 [citado: *Pires de Lima/Antunes Varela*, CC anotado, volume II, pág.].

Índice:

A. Introdução

B. O cumprimento das obrigações (artigos 762º a 789º do Código Civil) [páginas 3 e ss.]

1. Conceito e princípios gerais
2. Capacidade para o cumprimento
3. Disponibilidade da coisa dada em cumprimento
4. Legitimidade para o cumprimento
 - a) Legitimidade activa
 - b) Legitimidade passiva
5. Tempo do cumprimento
 - a) Modalidades das obrigações quanto ao tempo do cumprimento
 - b) Colocação do prazo no critério de uma das partes
 - c) Benefício do prazo
6. Lugar do cumprimento

- a) Modalidades das obrigações quanto ao lugar do cumprimento
 - b) As regras relativas ao lugar da prestação
 - c) A mudança do domicílio das partes
 - d) A impossibilidade da prestação no lugar fixado
7. Imputação do cumprimento
 8. Prova do cumprimento
 9. Direito à restituição do título ou à menção do cumprimento
 10. Efeitos do cumprimento
 11. Dação em cumprimento e a dação *pro solvendo*
 12. A consignação em depósito
 13. A compensação
 - a) Existência de créditos recíprocos
 - b) Fungibilidade das coisas objecto das prestações e identidade do seu género e qualidade
 - c) Existência, validade e exigibilidade do crédito do declarante
 - d) Existência, validade e possibilidade de cumprimento do crédito do declaratório
 - e) Créditos não compensáveis
 14. Novação, remissão e confusão

C. O incumprimento das obrigações (artigos 790° a 816° do Código Civil) [páginas 31 e ss.]

1. O não cumprimento temporário
 - a) A mora do devedor (*Schuldnerverzug*)
 - (1) Pressupostos da mora do devedor
 - (2) Consequências da mora do devedor
 - (3) Extinção da mora do devedor
 - b) A mora do credor (*Gläubigerverzug*)
 - (1) Pressupostos da mora do credor
 - (2) Consequências da mora do credor
2. O incumprimento definitivo
 - a) O incumprimento e responsabilidade obrigacional
 - (1) Generalidades
 - (2) A ilicitude na responsabilidade obrigacional
 - (3) A culpa na responsabilidade obrigacional
 - (4) O dano na responsabilidade obrigacional
 - (5) O nexo de causalidade na responsabilidade obrigacional
 - (6) O ónus da prova na responsabilidade obrigacional
 - (7) A responsabilidade do devedor pelos actos dos seus auxiliares ou representantes
 - b) O incumprimento nas obrigações de prestações recíprocas
 - (1) Generalidades
 - (2) Excepção de não cumprimento do contrato
 - (3) Resolução por incumprimento
 - (4) A indemnização por incumprimento nos contratos sinalagmáticos
 - (5) A impossibilidade culposa da prestação e sua equiparação ao incumprimento
 - aa) A indemnização por incumprimento
 - bb) O *commodum* de representação (*stellvertretendes Commodum*)
 - cc) O regime da impossibilidade parcial
 - (6) Cumprimento defeituoso da obrigação: a violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*)

D. A realização coactiva da prestação (artigos 817° a 830° do Código Civil) [páginas 53 e ss.]

1. A acção de cumprimento e a execução
2. A execução específica das obrigações
3. A sanção pecuniária compulsória

A. Introdução

Este estudo incide, como o título indicada, no cumprimento e incumprimento das obrigações no direito português. Trata-se de uma matéria de direito que tem grande importância prática, o que é demonstrado, por exemplo, a elevada quantidade de acórdãos das Relações e do Supremo proferidos nesta matéria. Qualquer obrigação, seja ela de fonte contratual ou legal, tem de ser cumprida pela parte devedora (ou por um terceiro, como vamos ver) para que a obrigação se extinga. Como não podia deixar de ser, surgem litígios quando o credor considera incumprida a sua pretensão contra o devedor.

De seguida, estudaremos, em primeiro lugar, o cumprimento das obrigações (páginas 3 e ss.) e posteriormente o incumprimento e as suas consequências legais (páginas 30 e ss.).

Ao lado do cumprimento regulado no artigo 762º n.º 1 do Código Civil (CC)¹, examinar-se-ão também as outras formas de extinção das obrigações, designados no direito alemão por *Erfüllungssurrogate*, nomeadamente a dação em cumprimento (e a dação *pro solvendo*), a consignação em depósito e a compensação.² O mais importante *Surrogat* na prática é, sem dúvida, a compensação. As demais formas de extinção de obrigações previstas no CC têm pouca relevância prática. A novação, a remissão e a confusão vão ser, por isso, examinadas de forma sintética.

No âmbito do incumprimento serão examinadas as diversas formas de violação do vínculo obrigacional e as suas consequências. Será traçada distinção entre dois grupos: o não cumprimento temporário (mora do devedor e mora do credor) e o incumprimento definitivo.

B. O cumprimento das obrigações (artigos 762º a 789º do Código Civil)

1. Conceito e princípios gerais

Conforme refere o artigo 762º n.º 1 CC, o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que esta vinculado. O cumprimento pode ser definido como

¹ Cfr. também o § 362 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB - Código Civil alemão): „1. Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. 2. Wird an einen Dritten zum Zwecke der Erfüllung geleistet, so finden die Vorschriften des § 185 Anwendung.“

² Cfr. §§ 363, 364, 372 e 387 BGB.

a realização da prestação devida. Com a satisfação do interesse do credor, extingue-se a obrigação, com a conseqüente libertação do devedor.

O regime do cumprimento das obrigações obedece principalmente a três princípios gerais que têm referência na lei: o princípio da pontualidade, da integralidade e da boa fé.³

O princípio da pontualidade encontra-se consagrado no artigo 406º n.º 1 CC, que estipula que o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei.⁴ Deste princípio resulta a proibição de qualquer alteração à prestação devida. O devedor tem o dever de prestar a coisa ou o facto exactamente nos mesmos termos em que se vinculou, não podendo o credor ser constrangido a receber do devedor coisa ou serviço diferente, mesmo que possuam um valor monetário superior à prestação devida.⁵ Excepto se o credor aceitar coisa ou serviço diferente extingue-se a obrigação, situação jurídica denominada por dação em cumprimento, cfr. mais adiante, páginas 22 e ss.).⁶ Do princípio da pontualidade resulta também a irrelevância da situação económica do devedor, não podendo o devedor, com esse fundamento, solicitar a redução da sua prestação ou a obtenção de outro benefício. Dos artigos 601º e 604º CC consta que mesmo em caso de insuficiência, o património do devedor continua a responder integralmente pelas dívidas assumidas, apenas se excluindo da penhora certos bens que se destinam à satisfação de necessidades imprescindíveis (ver artigos 822º e 823º Código de Processo Civil [CPC]).⁷ Somente em certo tipo de obrigações periódicas pode haver uma alteração do montante fixado tomando em consideração a situação económica do devedor.⁸

O princípio da integralidade encontra-se expresso no artigo 763º n.º 1 CC⁹ e significa que o devedor deve realizar a prestação de uma só vez, ainda que se trate de prestação divisível. Se o devedor oferecer apenas uma parte da prestação, o credor pode recusar o seu recebimento sem incorrer em mora.¹⁰ A lei admite, aliás, que o credor decida exigir apenas uma parte da prestação, esclarecendo, que tal

³ Delgado, Do Contrato-Promessa, pág. 199 e ss.

⁴ Sobre o princípio da pontualidade no âmbito de um contrato promessa cfr. acórdão do *Supremo Tribunal de Justiça* de 20.01.2005, Processo n.º 04B4389, in: <http://www.dgsi.pt>.

⁵ V. Prata, Dicionário, pág. 893.

⁶ Pires de Lima/Antunes Varela, CC anotado, volume II, pág. 1.

⁷ Cfr. também os §§ 811 e ss. da *Zivilprozessordnung* (ZPO - Código de Processo Civil alemão).

⁸ Cfr. artigos 2004º e 2012º CC (obrigações de alimentos) e o artigo 567º CC (indenização em renda).

⁹ Cfr. § 266 BGB: "Der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht berechtigt."

¹⁰ Quem nessa situação incorre em mora é o devedor, cfr. Bastos, Notas, volume III, pág. 216.

não impede o devedor de oferecer a prestação por inteiro (artigo 763 n.º 2 CC). A regra geral é que só pode haver uma prestação em partes no caso de um acordo entre os contraentes nesse sentido. É o que ocorre nas obrigações fraccionadas (artigo 781º CC)¹¹, como a venda a prestações prevista no artigo 934º CC. Mas existem algumas excepções: O credor terá que aceitar o pagamento parcial no caso da imputação do cumprimento prevista no artigo 784º n.º 2 CC, no caso de pluralidade de fiadores, que gozem do benefício da divisão (artigo 649º CC) e ainda quando exista compensação com dívida de menor montante (artigo 847º n.º 2 CC). Finalmente, poderá haver lugar ao pagamento parcial quando tal situação resulta dos usos ou da boa fé. Se o montante devido consiste em € 1000 e o devedor prestar € 998, é controvertido na doutrina se a recusa do recebimento pelo credor origina um comportamento contrário à boa fé (neste sentido alguns autores portugueses e alemães, cfr. artigos 762º n.º 2 CC e § 242 BGB¹²). Trata-se de situações que têm de ser apreciadas caso a caso.¹³

Restam os princípios da boa fé e da concretização. Como já foi assinalado, o princípio da boa fé encontra-se referido no artigo 762º n.º 2 CC (§ 242 BGB). Desta norma resulta que para se considerar verificado o cumprimento da obrigação não basta a realização da prestação devida em termos formais, sendo antes necessário o respeito dos ditames da boa fé, quer por parte de quem executa, quer por parte de quem exige a obrigação. Fazem parte destes deveres o dever de protecção, informação e lealdade.

Pode-se ainda mencionar a concretização como princípio do regime do cumprimento das obrigações. O princípio da concretização significa que a vinculação do devedor deve ser concretizada numa conduta real e efectiva. A lei prevê vários pressupostos para o cumprimento efectivo: capacidades das partes, disponibilidade das coisas dadas em prestação, legitimidade, lugar e tempo do cumprimento. Para que o cumprimento da obrigação possa efectivamente ocorrer haverá que respeitar toda a disciplina específica que regula o seu modo de realização.

¹¹ O inadimplemento do devedor, quebrando a relação de confiança em que assenta o plano de pagamento escalonado no tempo, justifica a perda do benefício do prazo quanto a todas as prestações previstas para o futuro, cfr. neste âmbito o acórdão do *Supremo Tribunal de Justiça* de 17.01.2006, Processo n.º 05A3869, in: <http://www.dgsi.pt>.

¹² § 242 BGB: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“

¹³ Cfr. *Neto*, CC anotado, pág. 578-579.

Em adiante dedicar-mos-emos em pormenor a esta disciplina, matéria que o autor leccionou na Faculdade de Direito da Universidade de Trier/Alemanha durante o semestre de Verão de 2005 e o semestre de inverno de 2005/2006 (*allgemeines Schuldrecht*).

2. Capacidade para o cumprimento

Do artigo 764° CC consta que não é exigido a capacidade do *devedor*, a menos que a própria prestação consista num acto de disposição. A capacidade do devedor é exigida se a prestação consistir num acto de disposição, como sucede sempre que o cumprimento implique a celebração de um novo negócio jurídico (como na hipótese da realização do contrato de escritura prometido em relação ao contrato de promessa de compra e venda), ou dele resulte directamente a alienação ou oneração do património do devedor. A lei protege o incapaz. Quando consiste num acto de disposição, o cumprimento não está ao alcance do incapaz, devendo antes ser realizado pelo seu representante legal. Quando para a prestação se exija a capacidade do autor do cumprimento e este não a possua o cumprimento da obrigação pode ser anulado nos termos gerais (cfr. artigos 125° e 139° CC). Quando o cumprimento é realizado pelo devedor, o credor pode, porém, paralisar esse pedido através de uma excepção, demonstrando que o devedor não teve prejuízo com o cumprimento (artigo 764 n.º 1, 2° parte CC).

O *credor* tem de ter capacidade para receber a prestação. Se a prestação for realizada por um incapaz, o seu representante legal poderá solicitar a sua anulação e a realização de uma nova prestação pelo devedor. Na Alemanha, a jurisprudência defende que falta ao incapaz a chamada *Empfangszuständigkeit* (competência de recebimento). No entanto, no direito português, também aqui o devedor pode opor-se ao pedido de anulação da prestação realizada ou de nova prestação, na medida do que tiver sido recebido pelo representante ou do seu enriquecimento (v. artigo 764° n.º 2 CC).

3. Disponibilidade da coisa dada em cumprimento

O devedor tem que ser titular da coisa dada em prestação e ter capacidade e legitimidade para proceder à sua alienação. O artigo 765° n.º 1 CC admite que o

credor que de boa fé receber a prestação de coisa que o devedor não pode alhear tem o direito de impugnar o cumprimento, sem prejuízo da faculdade de se ressarcir dos danos que haja sofrido. O credor corre, neste caso, o perigo de ver a coisa reivindicada pelo seu legítimo proprietário.

É de anotar que o direito alemão toma aqui outra posição. Na Alemanha os §§ 932 e ss. BGB¹⁴ permitem ao devedor alienar, de forma eficaz, coisas móveis que não lhe pertencem, desde que a coisa não tenha sido extraviada e o credor (parte compradora) esteja de boa fé relativamente à legitimidade do devedor (parte vendedora). O direito alemão protege o comprador de boa fé que confia na propriedade do vendedor que possui a coisa. Após a aquisição da coisa, o credor torna-se proprietário dela. O devedor cumpriu a sua obrigação (§ 362 BGB). O ex-proprietário apenas tem, neste caso, o direito de pedir uma indemnização do devedor, ou seja, da parte vendedora, se esta tiver agido com negligência ou dolo.¹⁵

Estabelece ainda o artigo 765º n.º 2 CC que o devedor que, de boa ou má-fé, prestar coisa de que lhe não é lícito dispor não pode impugnar o cumprimento, a não ser que ofereça uma nova prestação. Pois não faria neste caso sentido, permitir ao devedor invocar a ausência da disponibilidade da coisa entregue.

4. Legitimidade para o cumprimento

a) Legitimidade activa

Em relação ao autor do cumprimento, a lei generaliza o princípio da legitimidade activa, atribuindo-a a todas as pessoas, quer estas tenham interesse directo no cumprimento da obrigação, quer não (cfr. artigo 767º n.º 1 CC). Assim, a prestação

¹⁴ § 932 BGB: “1. Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte. 2. Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört.”

¹⁵ Independente de negligência ou dolo o ex-proprietário tem o direito de exigir a entrega do preço de venda obtido pelo vendedor ilegítimo, cfr. § 816 n.º 1 BGB: „Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt.“

pode ser realizada por terceiro, sem que o credor se possa opor (cfr. também § 267 BGB¹⁶).

O terceiro só não terá legitimidade para cumprir se a prestação tiver carácter infungível, por natureza ou por convenção das partes (artigo 767º n.º 2 CC), caso em que o credor não poderá ser constrangido a receber de terceiro a prestação, podendo recusa-la e exigir que o cumprimento seja realizado pessoalmente pelo devedor.

Se o terceiro tiver legitimidade para o cumprimento, o credor não pode recusar a prestação por ele oferecida, e se o fizer incorre em mora perante o devedor como se tivesse recusado a prestação deste (artigos 768º n.º 1 e 813º CC). A lei apenas admite a recusa por parte do credor se o devedor se opuser ao cumprimento, desde que o terceiro não tenha interesse directo na satisfação do crédito, por ter garantido a obrigação ou por qualquer outra causa (artigos 768º n.º 2 e 592º CC). Se o terceiro for directamente interessado, o credor não pode recusar o cumprimento por este, mesmo com a oposição do devedor, dado que esta situação envolveria prejuízo para o terceiro. No entanto, a simples oposição do devedor ao cumprimento nunca obsta a que o credor aceite validamente a prestação do terceiro (artigo 768º n.º 2 CC).

A regra geral é, portanto, que o cumprimento por terceiro provoca a extinção da obrigação.¹⁷

b) Legitimidade passiva

Quanto à legitimidade para receber a prestação, o artigo 769º CC estabelece que a prestação deve ser efectuada ao credor ou ao seu representante. Todas as outras pessoas são consideradas terceiros, pelo que a prestação que a estes for realizada não importará em princípio a extinção da obrigação, podendo o devedor ser condenado a realizá-la novamente (cfr. artigo 770º CC em conexão o artigo 476º n.º 2 CC). Como já analisamos em cima (página 6), existindo representante legal do credor incapaz, a prestação deve ser realizada ao seu representante legal. Tratando-se, no entanto, de representação voluntária, a lei determina que o devedor não é

¹⁶ § 267 BGB: „1. Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich. 2. Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht.“

¹⁷ O cumprimento por terceiro pode ainda desencadear demais consequências jurídicas, cfr., por exemplo, os artigos 589º e 593º CC (sub-rogação), 468º n.º 1 e 1167º n.º alínea c) CC (gestão de negócios e mandato) e 477º e 478º (enriquecimento sem causa).

obrigado a satisfazer a prestação ao representante voluntário do credor nem à pessoa por este autorizada a recebê-la, se não houver convenção nesse sentido (artigo 771° CC). O actual CC permite ao devedor recusar a prestação perante o representante voluntário. O credor corre o perigo de incorrer em mora (cfr. artigo 813° CC).¹⁸ Parece-nos um pouco estranha esta norma do CC, já que, a nosso entender, devia ser ao contrário. O representante voluntário deveria ter, se não houver convenção em contrário, o poder de exigir a prestação. Na actual sociedade os representantes desempenham uma importante função para o funcionamento da económica e é, por isso, indesejável que seja exigida uma convenção para que o representante possa pedir a prestação do devedor.

Como já foi dito, se a prestação for realizada a terceiro, a obrigação não se extingue, podendo o autor da prestação exigir a sua restituição com fundamento no enriquecimento por prestação. Existem, porém, alguns casos em que se verifica a extinção da obrigação com a sua recepção por terceiro (cfr. artigo 770° CC). São estas: (1) se tal tiver sido estipulado ou consentido pelo credor (alínea a)); (2) se o terceiro vier a adquirir legitimidade superveniente para a sua recepção, o que acontece se o credor ratificar o cumprimento (alínea b)); (3) Se vier a ocorrer posteriormente a junção na mesma pessoa das qualidades de credor da prestação e devedor da sua restituição, o que acontece se o terceiro adquirir posteriormente o crédito (alínea c)), ou o credor for herdeiro de quem recebeu a prestação, por cujas obrigações responde (alínea e)); (4) se o credor não tiver interesse em novo cumprimento da obrigação, o que acontece ele vier a aproveitar-se do cumprimento (alínea d)) e, finalmente, (5) se a lei considerar, por outro motivo, liberatória a prestação feita a terceiro (alínea f)). O último caso consiste em a lei considerar liberatória a prestação efectuada por terceiro.¹⁹ Isso acontece em situações como a insolvência do devedor (artigo 81° n.º 4 do Código da insolvência e recuperação de empresa), a constituição de penhor (artigo 685° CC) ou de penhora sobre o crédito (artigo 860° n.º 1 CPC); e em caso de exercício de acção sub-rogatória indirecta (artigo 606° CC), ou indirecta (artigo 1181° n.º 2 CC). A lei ainda prevê a possibilidade de eficácia do pagamento a terceiro em certos casos em que o terceiro se apresenta como credor aparente do devedor, como na hipótese de ignorância por este da cessão de créditos (artigo 583° n.º 2 CC) ou do pagamento feito pelo fiador (artigo 645° n.º 1 CC) e ainda, no âmbito

¹⁸ V. também mais adiante, páginas 38 e ss.

¹⁹ Cfr. *Bastos*, Notas, volume III, pág. 224; v. na lei alemã, por exemplo, os §§ 407, 408, 412, 413, 574, 579, 1056, 2135 BGB.

do contrato de agência, quando o agente aparece como representante aparente do principal, nos termos do artigo 23º n.º 2 do Decreto-Lei 178/86, de 3 de Julho.

5. Tempo do cumprimento

a) Modalidades das obrigações quanto ao tempo do cumprimento

Uma questão muito relevante é o prazo da prestação. A doutrina portuguesa e alemã e também a jurisprudência alemã distinguem entre dois momentos distintos: o momento em que o devedor *pode* cumprir a obrigação (*Erfüllbarkeit*/pagabilidade), forçando o credor a receber a prestação, sob pena de o credor entrar em mora, e o momento em que o credor pode exigir do devedor a realização da prestação (*Fälligkeit*/exigibilidade), sob pena de o devedor entrar em mora. Os artigos 777º e ss. CC determinam tanto a pagabilidade como o vencimento da dívida. Distinguem-se as obrigações puras das obrigações em prazo. As obrigações puras são aquelas cujo cumprimento pode ser exigido ou realizado a todo o tempo. As obrigações a prazo são aquelas em que a exigibilidade do cumprimento ou a possibilidade da sua realização é diferida para um momento posterior.

A regra geral é a de as obrigações não terem prazo certo estipulado, sendo, portanto, obrigações puras. Neste caso o credor tem o direito de exigir a todo o tempo o cumprimento da obrigação, assim como o devedor pode a todo o tempo exonerar-se dela (artigo 777º n.º 1 CC). Neste caso o devedor apenas entra em mora com a exigência do cumprimento pelo credor, nos termos do artigo 805º n.º 1 CC.

Pode, porém, acontecer que as partes ou a lei tenham estabelecido um prazo de cumprimento (artigo 777º n.º 1 proémio). Nesse caso, está-se perante obrigações com prazo certo, as quais se caracterizam por o decurso do prazo constituir o devedor em mora (cfr. artigo 805º n.º 2 alínea a) CC).

Entre as obrigações com prazo certo podem-se agora incluir todas as resultantes de remunerações de transacções comerciais, tal como definidas nos artigos 2º e 3º alínea a) do Decreto-Lei 32/2003, de 17 de Fevereiro, que transpõe a Directiva 2000/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Junho, a qual estabelece medidas de luta contra os atrasos de pagamentos nas transacções comerciais.

É de notar que o legislador alemão transpôs a mencionada Directiva para o direito alemão modificando para esse efeito o BGB (cfr. § 286 BGB²⁰). E notório que em Portugal existem muitas leis e decretos-leis avulsos, o que, na nossa opinião, dificulta demasiado a aplicação do direito.²¹

O artigo 4º n.º 2 do Decreto-Lei 32/2003 ao determinar o débito automático de juros de mora, após a ultrapassagem dos prazos nele referidos, sempre que do contrato não conste a data ou o prazo de pagamento, vem indirectamente estabelecer prazos de pagamento para a renumeração de transacções comerciais. Aliás, o artigo 5º n.º 1 alínea a) do dito Decreto-Lei proíbe mesmo a estipulação contratual, sem motivo atendível e justificado face às circunstâncias concretas, de prazos excessivos para o pagamento destas obrigações. Pode assim considerar-se que relativamente à renumeração das transacções comerciais, a lei estabelece normalmente como prazo de pagamento o de 30 dias após a data em que o devedor tiver recebido a factura ou documento equivalente (cfr. artigo 4º n.º 2 alínea a) Decreto-Lei 32/2003). Se a data da recepção da factura ou documento equivalente for incerta, o prazo passa ser de 30 dias após a data da recepção efectiva dos bens ou prestação de serviços (cfr. artigo 4º n.º 2 alínea b) Decreto-Lei 32/2003). Esse prazo é aplicável se a factura ou documento equivalente for recebida antes do fornecimento dos bens ou da prestação de serviços (artigo 4º n.º 2 alínea c) Decreto-Lei 32/2003). Se, porém, estiver previsto um processo para determinação da conformidade dos bens e serviços fornecidos, e o devedor receber a factura ou documento equivalente antes de aceitar o fornecimento, o prazo de pagamento passa a ser o de 30 dias após a sua aceitação (artigo 4º n.º 2 alínea d) Decreto-Lei 32/2003).

²⁰ § 286 BGB: “(1) Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich. (2) Der Mahnung bedarf es nicht, wenn: 1. für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, 2. der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt, 3. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, 4. aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzugs gerechtfertigt ist. (3) Der Schuldner einer Entgeltforderung kommt spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet; dies gilt gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, nur, wenn auf diese Folgen in der Rechnung oder Zahlungsaufstellung besonders hingewiesen worden ist. Wenn der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung oder Zahlungsaufstellung unsicher ist, kommt der Schuldner, der nicht Verbraucher ist, spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Empfang der Gegenleistung in Verzug. (4) Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.“

²¹ Em 27 de Junho de 2006 entrou em vigor o NRAU (Novo Regime do Arrendamento Urbano), Lei n.º 6, de 27 de Fevereiro de 2006 (para download no site <http://www.rathenau.com>). O legislador português fez bem em *reintroduzir* no CC as normas referentes ao Regime do Arrendamento Urbano (cfr. artigos 1064º e ss. CC).

Fora do âmbito de aplicação do Decreto-Lei 32/2003 é excepcionalmente o tribunal que fixa o prazo do cumprimento da obrigação. É o que acontece na falta de acordo e se torne necessário a fixação de um prazo, cfr. os artigos 777º n.º 2 CC e 1456º a 1457º CPC.

b) Colocação do prazo no critério de uma das partes

A determinação do prazo pode ser deixada ao critério de uma das partes, o credor ou o devedor. Relativamente ao credor, a lei determina que quando este não use da faculdade que lhe for concedida, compete ao tribunal fixar o prazo, a requerimento do devedor (artigo 777º n.º 3 CC). Quando o prazo é deixado ao critério do devedor, a lei distingue consoante esse critério corresponde a um factor objectivo (o devedor ter nesse momento os meios económicos necessários para realizar a prestação) ou subjectivo (aprouver ao devedor realizar a prestação nesse momento). O primeiro caso está previsto no artigo 778º n.º 1 CC, que esclarece que quando se estipula que o devedor cumprirá quando puder, o credor só pode exigir o cumprimento se demonstrar que o devedor tem a possibilidade de cumprir. Não podendo fazer essa demonstração, o credor apenas poderá, após a morte do devedor, exigir dos seus herdeiros que realizem a prestação, sem prejuízo da limitação da sua responsabilidade aos bens da herança, nos termos do artigo 2071º CC.

O segundo caso encontra-se previsto no artigo 778º n.º 2 CC, estabelecendo a lei que, se o prazo for deixado ao arbítrio do devedor – caso em que ele paga quando lhe apetece –, a prestação só pode ser exigida dos seus herdeiros, após o seu falecimento.

c) Benefício do prazo

A possibilidade de a prestação ser realizada ou exigida em momento posterior constitui um benefício. Pergunta-se a quem compete o benefício do prazo. Nos termos do artigo 779º CC a regra é a de que o benefício compete em princípio ao devedor. Isto significa que o credor não pode exigir a prestação antes do fim do prazo, mas o devedor tem o direito de proceder à sua realização a todo o tempo, renunciando ao benefício do prazo. Neste caso, portanto, ainda não se verificou o vencimento (*Fälligkeit*). Consequentemente, o devedor pode decidir cumprir antecipada-

mente a sua obrigação, sem que o credor a tal se possa opor, sob pena de entrar em mora (artigo 813° CC). Exige-se, porém, que essa renúncia do benefício seja efectiva, ou seja, que a prestação não seja antecipadamente realizada por erro desculpável, caso em que o devedor teria direito a que o credor lhe restituísse o seu enriquecimento (cfr. artigo 476° n.º 3 CC).

Em certos casos, porém, como no depósito (cfr. artigo 1194° CC), a lei atribui esse benefício ao credor. Neste caso tem o credor a faculdade de exigir a prestação a todo o tempo, mas o devedor só tem a possibilidade de cumprir no fim do prazo.

Noutros casos, como no mútuo oneroso (artigo 1147° CC), a lei estabelece a atribuição do benefício a ambas as partes. No caso de o benefício do prazo ser atribuído a ambas as partes, em princípio nenhuma delas poderia antecipar o cumprimento, mas no caso do mútuo o legislador admite que o mutuário possa antecipar o cumprimento desde que ofereça os juros por inteiro (artigo 1147° CC).

Em caso de atribuição do benefício ao devedor, este pode perder esse benefício, caso a sua situação patrimonial se altere ou pratique algum acto considerado imputável com a confiança do credor que determinou que lhe fosse concedido o prazo para pagamento. O artigo 780°, 1° parte CC estabelece que, não obstante a estipulação de prazo a favor do devedor, o credor pode exigir o cumprimento imediato da obrigação, se o devedor se tornar insolvente, ainda que a insolvência não tenha sido judicialmente declarada. Nos termos do artigo 3° Código da insolvência e recuperação de empresa (CIRE), é considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas, considerando-se pessoas colectivas e os patrimónios autónomos em situação de insolvência quando o activo seja manifestamente superior ao passivo. A lei exige a verificação de uma efectiva situação de insolvência, não bastando o justo receio da mesma. Não se exige, porém, que a insolvência seja judicialmente declarada, através de sentença de declaração de insolvência (cfr. artigos 36° e ss. e 81° e ss. CIRE). O artigo 780°, 2° parte CC determina que o credor pode exigir o cumprimento imediato da obrigação se por causa imputável ao devedor diminuírem as garantias do crédito ou não forem prestadas as garantias devidas. Exige-se, porém, que o perecimento das garantias resulte de culpa do devedor; parece ser uma posição unânime na dou-

trina.²² É necessário que a redução das garantias apresente um mínimo de relevância, sem o que a exigência pelo credor do cumprimento imediato será contrária à boa fé (artigo 762º n.º 2 CC).²³ Em alternativa ao cumprimento imediato da obrigação o credor tem ainda a possibilidade de exigir do devedor a substituição ou o reforço das garantias, se estas sofrerem diminuição (artigo 780º n.º 2 CC). É de salientar que a lei por vezes também impõe que o devedor reforce as garantias quando estas perecem causalmente, sob pena de credor poder exigir o cumprimento imediato da obrigação. É o que sucede na fiança (artigo 633º n.º 2, 3 CC), na hipoteca (artigo 701º CC), na consignação de rendimentos (artigo 665º CC em conexão com o artigo 701º CC) e no penhor (artigo 670º alínea c) CC).²⁴ Parece, no entanto, que, caso o perecimento destas garantias se dê por facto imputável ao devedor, será aplicável o regime do artigo 780º CC, em lugar destas disposições. Pois seria inaceitável não aplicar o artigo 780º CC às garantias mais importantes que são a fiança, a hipoteca e o penhor.²⁵ Outro caso de perda do benefício é a não realização uma prestação nas dívidas a prestações (cfr. artigo 781º CC). Se a obrigação puder ser liquidada em duas ou mais prestações, a falta de realização de uma delas importa o vencimento de todas. Esta disposição apenas se aplica em relação às prestações instantâneas fraccionadas, e não às prestações periódicas. Não tem por isso, o senhorio a possibilidade de reclamar rendas ainda não vencidas, caso o locatário falte ao pagamento de alguma delas. Tratando-se de prestações fraccionadas, a não realização de uma das prestações permite ao credor exigir logo a totalidade da dívida. Apesar de a lei descrever a situação como de vencimento antecipado, trata-se na opinião da jurisprudência do *Tribunal da Relação de Lisboa*²⁶ de perda do benefício do prazo, já que, se o credor não exigir as prestações restantes, não parece que fique logo constituído em mora pela totalidade da obrigação.

A perda do benefício do prazo é, no entanto, pessoal, pelo que não se estende aos co-obrigados do devedor, nem aos terceiros que garantiram o cumprimento da obrigação (artigo 782º CC). A perda do benefício tem carácter pessoal. Assim, no caso de perda do benefício do prazo, o credor poderá exigir ao devedor o cumprimento imediato da obrigação, mas terá de esperar o seu vencimento normal para exigir aos condevedores ou a terceiros garantes da obrigação. Existem, aliás, algu-

²² Cfr. *Leitão*, Direito das obrigações, volume II, pág. 157 (nota 315).

²³ *Leitão*, Direito das obrigações, volume II, pág. 157.

²⁴ *Pires de Lima/Antunes Varela*, CC anotado, volume II, pág. 26.

²⁵ *Andrade*, Obrigações, pág. 313 e ss.

²⁶ Acórdão de 13.5.2003, CJ XXVIII, Tomo III/2003, pág. 75-78.

mas restrições. Em relação aos condevedores, na hipótese de a obrigação ser solidária, pode dar-se o caso de a solvência ou a responsabilidade pela diminuição de garantias se verificar em mais de um dos devedores, o que legitimará o credor a exigir imediatamente o cumprimento aos outros condevedores em relação aos quais também se verificarem essas circunstâncias. Em relação aos terceiros garantes através de hipoteca ou penhor, pode acontecer que, sendo o devedor estranho à constituição da garantia, a diminuição desta seja devida a culpa do terceiro garante. Neste caso, o credor poderá exigir dele a substituição ou o reforço da garantia ou, quando tal não suceda, o cumprimento imediato da obrigação (artigo 701º n.º 2, 2.ª parte e 678º CC).

6. Lugar do cumprimento

a) Modalidades das obrigações quanto ao lugar do cumprimento

Veremos agora onde deve ser realizada a prestação. É usual estabelecer no direito português, bem como no direito alemão, a propósito do lugar do cumprimento, uma distinção entre as obrigações de colocação (*Holschulden*), obrigações de entrega (*Bringschulden*) e obrigações de envio (*Schickschulden*).

Nas obrigações de colocação, o devedor deve apenas colocar a prestação à disposição do credor no seu próprio domicílio ou noutro lugar, cabendo assim ao credor o ónus de levantar a prestação fora do seu domicílio. Consequentemente, nestas obrigações, o devedor não pode ser responsabilizado pelo facto de o credor não proceder ao levantamento da prestação, sendo esta situação considerada antes como mora do próprio credor (*Gläubigerverzug*, cfr. artigo 813º CC).

Nas obrigações de entrega, o devedor tem efectivamente que entregar a coisa ao credor no domicílio deste, ou no lugar com este acordado. Neste caso a prestação só se considera adequadamente realizada se chega ao domicílio do credor dentro do prazo acordado, havendo mora do devedor no caso contrário (*Schuldnerverzug*, cfr. 804º CC).

Nas obrigações de envio, o devedor *apenas* esta obrigado a enviar a coisa para o domicílio do credor, sendo o transporte da conta e risco deste. Assim, o local do cumprimento é aquele onde o devedor procede à entrega ao transportador. Se o transporte se atrasa ou a coisa se perde ou deteriora no seu curso, o risco correrá por conta do credor (artigo 797º CC).

Nos dois primeiros casos o lugar da prestação coincide com o lugar do resultado. No terceiro caso (*Schickschuld*) ocorre uma diferenciação entre o lugar da prestação (*Erfüllungsort*) e o lugar do resultado da mesma (*Erfolgsort*).

b) As regras relativas ao lugar da prestação

A determinação do lugar do cumprimento cabe, em princípio às partes, resultando, assim de convenção delas, a qual pode ser inclusivamente tácita (artigo 217º CC), resultante da própria natureza da prestação.

Não havendo convenção entre as partes, a regra geral é que o lugar do cumprimento corresponde ao domicílio do devedor (artigo 772º n.º 1 CC). Daqui resulta que a regra geral corresponde às obrigações de colocação, tendo assim o credor o ónus de se deslocar ao domicílio do devedor para obter a prestação.

Se a obrigação tiver por objecto a entrega de uma coisa móvel, a regra é a de que a obrigação deve ser cumprida no lugar onde a coisa se encontrava ao tempo da conclusão do negócio. Esta regra é aplicável, quer se trate de coisa móvel determinada (artigo 773º n.º 1 CC), quer de coisa genérica a ser escolhida de conjunto determinado ou de coisa que deve ser produzida em certo lugar (artigo 773º n.º 2 CC). Trata-se também aqui de uma obrigação de colocação, apesar de o lugar do cumprimento não ser o do domicílio do devedor.

Se a obrigação tiver por objecto certa quantia de dinheiro, a regra é de que a obrigação deve ser cumprida no domicílio que o credor tiver ao tempo do cumprimento (artigo 774º CC). Esta solução deriva da facilidade que o devedor possui de proceder à transferência de quantias de dinheiro e de a posição oposta poder ser onerosa para o credor, que seria obrigado a ir buscar o dinheiro ao domicílio do devedor. As obrigações pecuniárias correspondem a obrigações de entrega qualificada (*qualifizierte Schickschulden*), porque o risco da perda do dinheiro corre sempre por conta do devedor, o que não acontece nos outros tipos de obrigações de entrega.

Estas regras gerais cedem, porém, em certos casos particulares onde vigoram outras regras, havendo, por isso, que averiguar se o regime especial daquele contrato não estabelece regras específicas para o lugar do cumprimento, diferentes das regras dos artigos 772º e ss. Assim, por exemplo, o lugar de restituição de coisa móvel no depósito é o lugar onde esta deve ser guardada e não o lugar onde a coisa

se encontrava ao tempo da conclusão do negócio (artigo 1195° CC). O lugar de cumprimento da obrigação de pagar o preço da venda é o mesmo da obrigação de entrega da coisa vendida (artigo 885° n.º 1 CC), só se aplicando a regra geral do artigo 774° CC se o prazo de cumprimento das duas obrigações não for coincidente (artigo 885° n.º 2 CC). Também em contrariedade ao disposto no artigo 774° CC, o lugar do cumprimento da obrigação de pagamento da renda é o domicílio do locatário à data do vencimento, se as partes ou os usos não fixarem outro regime (artigo 1039° CC, *Holschuld*).

c) A mudança do domicílio das partes

A alteração, após a constituição da obrigação, do domicílio do devedor nas obrigações de colocação (*Holschulden*) ou do credor nas obrigações de entrega (*Bringschulden*) pode implicar lesão das legítimas expectativas da outra parte. A lei determina, por isso, que a alteração do domicílio das partes possa não significar necessariamente a alteração do local de cumprimento, sempre que a parte lesada sofra prejuízos com essa alteração. O regime legal varia, porém, consoante se trate de obrigações de colocação ou de entrega.

Nas obrigações de colocação, a lei determina que, se ocorrer mudança de domicílio do devedor, após a constituição da obrigação, o cumprimento é realizada no novo domicílio, salvo se a mudança acarretar prejuízo para o credor, caso em que o cumprimento ser efectuado no domicílio primitivo (artigo 772° n.º 2 CC).

Nas obrigações de entrega a lei determina que a alteração do domicílio do credor após a constituição da obrigação implica que a obrigação passe a poder ser realizada no domicílio do devedor, convertendo-se assim a obrigação de entrega em obrigação de colocação (*Holschuld*). Tal só não sucederá se o credor se comprometer a indemnizar o devedor do prejuízo que este sofrer com a mudança (artigo 775° CC).

d) A impossibilidade da prestação no lugar fixado

Tendo as partes fixado um lugar para o cumprimento, poder ser ou tornar-se impossível realizar a prestação nesse lugar. É o que sucede se, por exemplo, as par-

tes acordam na realização da pintura de um edifício na Praia da Luz que já tinha caído ou entretanto veio a ruir.

Em grande parte dos casos, o local do cumprimento aparece como essencial em relação à própria prestação, pelo que a impossibilidade de realizar a prestação naquele local equivale à impossibilidade da sua realização em absoluto. Assim, se a impossibilidade já existia no momento da conclusão do negócio, considera-se este como nulo (artigos 401º e 280º n.º 1 CC). É de anotar que o Código Civil alemão com a entrada em vigor da grande reforma do direito das obrigações em Janeiro de 2002 já não considera nulo o negócio jurídico cuja impossibilidade de realização já existia no momento da conclusão do negócio (cfr. o novo § 311a n.º 1 BGB²⁷). Sendo a impossibilidade posterior à conclusão do negócio, determina esta a extinção da obrigação (artigo 790º CC), com a consequente perda do direito à contraprestação nos contratos bilaterais (artigo 795º n.º 1 CC).

Pode, porém, suceder que o lugar do cumprimento não apareça como essencial em relação à obrigação, podendo esta por natureza ser realizada tanto no local fixado para o cumprimento como noutro qualquer. Nesta situação, o facto de ser ou se tornar impossível realizar a prestação no lugar fixado para o cumprimento não é motivo para considerar a obrigação extinta, pelo que deverá antes a prestação ser realizada noutro lugar (artigo 776º CC). Quando a prestação for ou se tornar impossível no lugar fixado para o cumprimento e não houver fundamento para considerar a obrigação nula ou extinta, são aplicáveis as regras supletivas dos artigos 772º a 774º CC. Se, porém, a impossibilidade da prestação ocorrer precisamente no lugar designado pelas regras supletivas dos artigos 772º e ss. CC, aplica-se o artigo 239º CC (integração da declaração negocial).

7. Imputação do cumprimento

A imputação do cumprimento consiste na operação pela qual se relaciona a prestação realizada com uma determinada obrigação, quando existam várias dívidas entre as partes e a prestação efectuada não chegue para as extinguir todas. É preciso, então, determinar qual a dívida ou dívidas a que o cumprimento se refere, ou seja fazer a imputação da prestação à dívida que aquela vai extinguir.

²⁷ § 311a n.º 1 BGB: “Der Wirksamkeit eines Vertrags steht es nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt.“

A lei considera que a imputação do cumprimento é uma faculdade do devedor, cabendo a este, sem necessidade de qualquer acordo do credor, escolher a dívida ou as dívidas a que o cumprimento se refere (artigo 783º n.º 1 CC). Esta faculdade o devedor sofre, no entanto, algumas restrições em relação a certas categorias de dívidas, que só podem ser designadas pelo devedor para imputação do cumprimento se o credor der o seu assentimento. As situações referidas são as seguintes:

- O devedor não pode imputar o cumprimento, contra vontade do credor, numa dívida ainda não vencida, se o prazo tiver sido estabelecido em benefício do credor (artigo 783º n.º 2 CC).
- O devedor não pode imputar o cumprimento, contra a vontade do credor, numa dívida de montante superior à prestação efectuada, sempre que o credor tenha a faculdade de recusar o pagamento parcial (artigo 783º n.º 2 CC).
- O devedor não pode, contra a vontade do credor, imputar o cumprimento numa dívida de capital, enquanto estiver obrigado a pagar também despesas, indemnização moratória ou juros (artigo 785º n.º 2 CC).

Caso o devedor não efectue a designação, o credor não é livre de efectuar ele mesmo a imputação, havendo antes que aplicar as regras supletivas do artigo 784º CC. Essas regras consistem no seguinte:

- a imputação do cumprimento efectua-se em primeiro lugar na dívida vencida;
- se existirem várias dívidas vencidas, opta-se pela que oferece menor garantia para o credor;
- se as dívidas tiverem idênticas garantias, escolhe-se a que for mais onerosa para o devedor;
- se as dívidas forem igualmente onerosas, prefere-se a que primeiro se tenha vencido;
- se as dívidas se tiverem vencido simultaneamente, imputa-se o cumprimento na dívida que constituiu em primeiro lugar.

Numa hipótese de verificação difícil, na medida em que se pressupõe uma constituição simultânea de várias obrigações, com datas de vencimento idênticas, a mesma onerosidade e idênticas garantias, lei vem ainda prever a hipótese de não ser possível aplicar as regras referidas, prevendo que nessa situação a prestação

considera-se realizada por conta de todas as dívidas rateadamente, sem que o credor possa recusar o pagamento parcial (artigo 784º n.º 2 CC).

A lei regula ainda a forma supletiva de realizar a imputação do cumprimento quando o devedor, simultaneamente com a dívida de capital, esteja obrigado a pagar despesas, juros, ou a indemnizar o credor em consequência da mora. Vimos já que, neste caso, só com o acordo do credor é possível efectuar a imputação no capital antes do pagamento das restantes dívidas (artigo 785º n.º 2 CC). A lei vem, porém, estabelecer ainda uma ordenação supletiva, em termos de imputação do cumprimento, estabelecendo que, na ausência de designação, a prestação se tem por sucessivamente feita por conta das despesas, da indemnização, dos juros e do capital (artigo 785º n.º 1 CC).²⁸

8. Prova do cumprimento

A prova do cumprimento compete em princípio ao devedor, uma vez que o cumprimento constitui um facto extintivo do direito do credor que deve ser demonstrado pela parte contra quem o crédito é invocado (artigo 342º n.º 2 CC).²⁹ No âmbito, por exemplo, de um contrato de compra e venda, uma vez provada a celebração de compra e venda, em acção movida pelo vendedor ao comprador, fundada no contrato, visando a condenação do segundo no pagamento do preço, incumbe ao réu o ónus da prova do cumprimento desta obrigação legal.³⁰ No entanto o cumprimento não pode ser provado por testemunhas (artigo 395º CC), pelo que o modo mais adequado de proceder a essa prova consiste em o autor do cumprimento exigir do credor uma declaração escrita de que recebeu a prestação em dívida. A essa declaração dá-se o nome de quitação (*Quittung*), uma quitação que através dela o credor exprime que o devedor se encontra quite para com ele.³¹ Quando a quitação consta de um documento avulso, costuma dar-se a esse documento o nome de recibo.

²⁸ As regras relativas à imputação do cumprimento cedem ainda perante regime especial, de que salienta o caso do contrato de conta corrente (cfr. artigos 344º, 346º e 350º Código Comercial) e a situação de falência (cfr. artigos 172º, 174º, 176º e 177º Código da Insolvência e da recuperação de empresa).

²⁹ Bastos, Notas, volume III, pág. 242.

³⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.11.2003, Processo n.º 02B3469, in: <http://www.dgsi.pt>.

³¹ Pires de Lima/Antunes Varela, CC anotado, volume II, pág. 34.

A quitação é um direito atribuído por lei a qualquer pessoa que cumpre a obrigação, devendo a quitação constar de documento autêntico ou autenticado ou ser provido de reconhecimento notarial se aquele que cumpriu tiver nisso interesse legítimo (artigo 787º n.º 1 CC). Pode-se assim exigir sempre do credor um recibo e, caso este não se disponha a passá-lo, o cumprimento pode legitimamente ser recusado (artigo 787 n.º 2 CC). O recibo pode igualmente ser exigido mesmo depois de a prestação já ter sido efectuada (artigo 787 n.º 2 CC).

Em certos casos, a lei dispensa o devedor de provar que cumpriu a obrigação. São as denominadas presunções de cumprimento, que constam do artigo 786º CC. Assim, se o credor prestou quitação do capital sem reservar que faltava pagar juros e prestações periódicas, presume-se que estão pagos os juros e essas prestações (artigo 786º n.º 1 CC). Da mesma forma, se forem devidos juros e ou outras prestações periódicas e o credor der quitação sem reserva de uma dessas prestações presumem-se realizadas as prestações anteriores (artigo 786º n.º 2 CC). Finalmente se o credor entregar voluntariamente ao devedor o título original do crédito, a lei faz presumir a liberação do devedor e dos seus condevedores, solidários ou conjuntos, bem como do fiador e do devedor principal, se o título é entregue a algum destes (artigo 786º n.º 3 CC).

Para além deste caso de presunções de cumprimento, por vezes a lei também presume que já ocorreu o cumprimento da obrigação, em virtude de já ter decorrido certo prazo sobre a sua constituição. São as prescrições presuntivas (artigos 312º e ss. CC), que se encontram previstas nos artigos 316º e 317º CC. Nestes casos, a presunção de cumprimento resultante do decurso do prazo só pode ser ilidida por confissão do devedor de que ainda não cumpriu a obrigação (artigo 313º n.º 1 CC), a qual se for extrajudicial, só revela quando efectuada por escrito (artigo 313º n.º 2 CC). No entanto a dívida considera-se tacitamente confessada se o devedor se recusar a depor ou a prestar juramento no tribunal, ou praticar em juízo actos incompatíveis com a presunção de cumprimento (artigo 314º CC).

9. Direito à restituição do título ou à menção do cumprimento

Se a obrigação aparece referida a determinado documento (como sucede, por exemplo, nos títulos de crédito), quando o devedor realiza o cumprimento, tem o direito de exigir a restituição desse documento (artigo 788º n.º 1 CC). O credor pode

ter, no entanto, interesse legítimo na conservação do documento, como sucederá na hipótese de o título lhe conferir outros direitos. Nesse caso, o devedor poderá exigir que o credor mencione no título o cumprimento efectuado, o que inviabilizará a possibilidade de o utilizar novamente para cobrança daquela obrigação. Caso o credor não o faça, o devedor pode legitimamente recusar-se a efectuar a prestação, podendo ainda exigir a restituição do título posteriormente ao cumprimento (artigo 788° n.º 3 CC).

Pode, porém, ainda acontecer, que o credor invoque impossibilidade, por qualquer causa, de restituir o título ou de nele mencionar o cumprimento. Nesse caso, pode o devedor exigir quitação passada em documento autêntico ou autenticado ou com reconhecimento notarial, correndo o encargo por conta do credor (artigo 789° CC).

Se for um terceiro a cumprir a obrigação, a lei determina que ele só goza dos mesmos direitos se ficar sub-rogado nos direitos do credor (artigo 788° n.º 2 CC).

10. Efeitos do cumprimento

O cumprimento produz sempre em relação ao credor a extinção do seu crédito, como contrapartida da prestação recebida. Normalmente o cumprimento produz igualmente em relação ao devedor a liberação da sua obrigação, tendo eficácia extintiva da obrigação a que respeita. No entanto, em certos casos o cumprimento pode desencadear a sub-rogação do crédito (cfr. artigos 589° e ss. CC), caso em que crédito não se extingue, antes se transmite para o terceiro que realiza a obrigação, ficando o devedor vinculado perante este.

11. Dação em cumprimento e a dação *pro solvendo*

A dação em cumprimento vem referida no artigo 837° CC que refere que “a prestação de coisa diversa da que for devida, embora de valor superior, só exonera o devedor se o credor der o seu assentimento. Daqui resulta que esta causa de extinção das obrigações tem dois pressupostos:

- a realização de uma prestação diferente da que for devida;
- o acordo do credor relativo à exoneração do devedor com essa prestação.

Enquanto no cumprimento o devedor realiza a prestação devida, produzindo assim a extinção da obrigação, na dação em cumprimento realiza um *aliud* em relação ao que está vinculado, ainda que com o fim de extinguir essa mesma obrigação. Tem sido, porém, questionado se o artigo 837° CC limita a dação em cumprimento às prestações de coisa e, dentro delas, à entrega de uma coisa de natureza diferente (por exemplo: a entrega um barco em lugar do carro prometido), ou se pode igualmente abranger qualquer tipo de prestação diferente da que for devida (por exemplo: a entrega de uma quantia de dinheiro em substituição do barco devido). Certo é que do artigo 837° CC não resulta qualquer tipo de limitação.³² É elemento essencial da dação em cumprimento que a prestação seja definitivamente realizada, não parecendo ser suficiente a mera celebração do acordo transmissivo do direito. Efectivamente, apesar de o artigo 408° n.º 1 CC determinar que a transmissão do direito se dá com a mera celebração do contrato³³, parece resultar do artigo 837° CC que a dação em cumprimento só se verifica com a efectiva realização da prestação.³⁴

A dação em cumprimento determina em primeiro lugar a extinção da obrigação que aquela visou satisfazer, com a consequente exoneração do devedor (artigo 837° CC). Sendo a obrigação solidária, a dação em cumprimento realizada por um dos devedores produz igualmente a extinção da obrigação dos outros devedores (artigo 523° CC), assim como a realização a um dos credores solidários produz igualmente a extinção da obrigação do devedor perante os outros credores (artigo 532° CC).³⁵

A dação *pro solvendo* ou dação em função do cumprimento, prevista no artigo 840° CC, consiste na execução de uma prestação diversa da devida para que o credor proceda à realização do valor dela e obtenha a satisfação do seu crédito por virtude dessa realização (*an Erfüllungs halber* em vez de *an Erfüllungs statt* na termino-

³² Cfr. também os artigos 877° n.º 3 e 1409° CC que justificam esse facto.

³³ Na lei alemã a regra geral é que a transmissão do direito *não* se dá por mero acordo obrigacional. O acordo obrigacional (contrato) apenas fornece ao credor o direito de exigir do devedor a transmissão do respectivo direito (cfr., por exemplo, os §§ 398, 929 e ss. e 925 BGB), que costuma ser feita através de um contrato real que juridicamente está independente do contrato obrigacional (*Abstraktionsprinzip*).

³⁴ Assim *Leitão*, Direito das obrigações, volume II, pág. 177.

³⁵ Cfr. relativamente à garantia contra vícios da coisa ou do direito transmitido os artigos 837°; 892 e ss., 905° e ss., 913° e ss. e 587° CC. Em alternativa à garantia pelos vícios da coisa ou do direito transmitido nos termos da compra e venda, o credor pode optar pela prestação primitiva e pela reparação dos danos sofridos.

logia do BGB). Por isso na dação *pro solvendo* o crédito subsiste até o credor venha a realizar o valor dele (por exemplo, através de uma venda do bem entregue ou da cobrança do crédito cedido). Enquanto na dação em cumprimento se verifica uma causa distinta de extinção das obrigações, na dação *pro solvendo* há apenas um meio de facilitar o cumprimento das obrigações.

Se a dação tem por objecto a cessão de um crédito ou a assunção de uma dívida presume-se igualmente feita *pro solvendo* (artigo 840º n.º 2 CC). Em consequência desta disposição será igualmente qualificada como dação *pro solvendo* a entrega de um cheque para o pagamento de uma dívida.

12. A consignação em depósito

Uma outra causa de extinção das obrigações é a consignação em depósito. Esta consiste na possibilidade reconhecida ao devedor nas obrigações de prestação de coisa de extinguir a obrigação através de depósito judicial da coisa devida, sempre que não possa realizar a prestação com segurança por qualquer motivo relacionado com a pessoa do credor, ou quando o credor se encontre em mora (artigo 841º n.º 1 CC). Trata-se, no entanto, de uma faculdade do devedor, que este não é obrigado a exercer (artigo 841º n.º 2 CC), pelo que é lícita a actuação do devedor de não realizar a prestação nas hipóteses do artigo 841º n.º 1 CC. A consignação em depósito é feita de acordo com o processo regulado nos artigos 1024º e ss. CPC.

A consignação em depósito depende da verificação das seguintes circunstâncias:

- ter a obrigação por objecto uma prestação de coisa, podendo ser uma quantia pecuniária, ou uma coisa de qualquer outra natureza (cfr. artigo 1024º n.º 1 CPC);
- não ser possível ao devedor realizar a prestação por um motivo relativo ao credor (cfr. artigo 841º n.º 1 CC).

Durante o decurso do processo (cfr. artigos 1024º e ss. CPC), a obrigação persiste, recaindo, no entanto, sobre o credor o risco da perda ou deterioração da coisa, e deixando a dívida de vencer juros, sempre que se verifique ter o devedor motivo legítimo para proceder à consignação. No caso contrário, a consignação não será eficaz, pelo que não deverá alterar as regras relativas à distribuição do risco.

Diferentemente, no direito alemão, o § 379 n.º 2 BGB³⁶ faz recair sobre o credor o risco da prestação, e exonera o devedor do pagamento de juros, a partir do momento em que coisa é consignada.

Sendo a consignação aceite pelo credor ou declarada válida por decisão judicial, libera o devedor, como se ele tivesse realizado a prestação na data do depósito (artigo 846º CC). A eficácia extintiva da consignação em depósito retroage assim ao momento do depósito.

13. A compensação

Como já foi dito, a compensação (*Aufrechnung*, cfr. §§ 387 e ss. BGB³⁷) é o mais importante *Erfüllungssurrogat*. Quando duas pessoas estejam reciprocamente obrigados a entregar coisas fungíveis da mesma natureza, é admissível que as respectivas obrigações sejam extintas, total ou parcialmente, pela dispensa de ambas de realizar as suas prestações ou pela dedução a uma das prestações da prestação devida pela outra parte (cfr. artigos 847º e ss. CC). A extinção das obrigações por compensação assegura duas grandes vantagens: a primeira é a de que se produz a extinção das obrigações dispensando a realização efectiva da prestação devida, funcionando assim a compensação como forma de facilitação de pagamentos; a segunda é a de que a compensação permite ao seu declarante extinguir a sua obrigação, mesmo que não tenha qualquer possibilidade de receber o seu próprio crédito por insolvência do seu devedor, funcionando assim a compensação como garantia dos créditos.

Os pressupostos da compensação encontram-se previstos no artigo 847º CC:

- Existência de créditos recíprocos;
- Fungibilidade das coisas objecto das prestações e identidade do seu género e qualidade;
- Existência, validade e exigibilidade do crédito do declarante;
- Existência, validade e possibilidade de cumprimento do crédito do declaratório.

³⁶ § 379 n.º 2 BGB: “2. Solange die Sache hinterlegt ist, trägt der Gläubiger die Gefahr und ist der Schuldner nicht verpflichtet, Zinsen zu zahlen oder Ersatz für nicht gezogene Nutzungen zu leisten.“

³⁷ § 387 BGB: “Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teils aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann.“

a) Existência de créditos recíprocos

Isto significa que cada uma das partes tem que possuir na sua esfera jurídica um crédito sobre a outra parte, e só pode operar a compensação para extinguir a sua própria dívida.

Assim, o declarante só pode usar para efectuar a compensação créditos seus sobre o seu credor, estando-lhe vedada a utilização para esse efeito de créditos alheios, ainda que o titular respectivo dê o seu consentimento (artigo 851º n.º 2 CC). Não é assim permitido ao fiador invocar compensação com um crédito do devedor, nem ao devedor solidário invocar o crédito de outro condevedor sobre o credor. A situação contrária geraria uma desigualdade, uma vez que só o declarante poderia recorrer à compensação, ficando ao declaratário vedada essa possibilidade.

O declarante também não pode, em princípio, através da compensação com um crédito seu, extinguir uma dívida que outrem tenha perante o seu devedor, mesmo que pudesse, em razão da sua fungibilidade, realizar a prestação em lugar dele (cfr. artigo 851º n.º 1 CC). Essa possibilidade só lhe é reconhecida no caso de estar em risco de perder os seus bens em consequência de execução por dívida de terceiro, o que sucederá, por exemplo, na hipótese de ter garantido esse cumprimento através de fiança, penhor ou hipoteca.

b) Fungibilidade das coisas objecto das prestações e identidade do seu género e qualidade

O direito português, assim como o alemão, não restringiu a compensação às dívidas em dinheiro, admitindo-a ainda em relação a prestações de coisa fungíveis (v. artigo 207º CC), do mesmo género e qualidade. É assim possível compensar obrigações relativas à entrega de quantidades de uma mesma mercadoria, mas a compensação já deixará de ser possível se as mercadorias forem de natureza diversa.

Sendo necessária a identidade do género e qualidade das coisas objecto das prestações, já não se exige que a sua quantidade seja idêntica. O facto de as dívidas não serem de igual montante determina apenas que a compensação seja parcial em relação à dívida de montante superior (artigo 847º n.º 2 CC). Por outro lado, o facto de ainda não estar determinada a quantidade devida não impede que se opere

imediatamente a compensação (artigo 847° n.º 3 CC), averiguando-se posteriormente o montante em que ela ocorreu.

A lei refere ainda que a diversidade de lugares de cumprimento não constitui, em princípio, obstáculo à compensação, ainda que o declarante seja obrigado a reparar os danos sofridos pela outra parte, em consequência de esta não receber o seu crédito ou não cumprir a sua obrigação no lugar determinado (artigo 852° CC).

c) Existência, validade e exigibilidade do crédito do declarante

Para que compensação se possa verificar é ainda necessário que o crédito do declarante seja judicialmente exigível, e que o devedor não lhe possa opor qualquer excepção, peremptória ou dilatória, de direito material (artigo 847° n.º 1 CC).³⁸ Só podem ser assim compensados os créditos em relação aos quais o declarante esteja em condições de obter a realização coactiva da prestação.

Assim, não podem ser compensados créditos de obrigação natural com dívidas respeitantes a uma obrigação civil.

d) Existência, validade e possibilidade de cumprimento do crédito do declaratório

Da mesma forma que o declarante, também o declaratório tem que ser titular de um crédito válido, sem que a compensação nunca poderá operar, já que o declarante nem sequer seria devedor. Para além disso, esse crédito do declaratório tem que estar na situação de poder ser cumprido pelo devedor, uma vez que só nesse caso é legítimo ao declarante invocar a compensação. Não pode assim o declarante pretender compensar uma dívida sua ainda não vencida, se o prazo tiver sido estabelecido em benefício do credor.

Já não constitui, porém, pressuposto da compensação que o declaratório esteja em condições de poder exigir judicialmente o cumprimento, pelo que nada impede o declarante de compensar dívidas ainda não vencidas, se o prazo correr em seu benefício, ou dívidas em relação às quais se verifica uma outra excepção peremptória ou delatória, a que ele não pretenda recorrer. Pode igualmente o decla-

³⁸ Cfr., por exemplo, os artigos 428° e ss. (excepção de não cumprimento do contrato); 300° e ss. (prescrição), 850° CC. O artigo 850° CC termina que o crédito prescrito não impede a compensação, se a prescrição não podia ser invocada na data em que os dois créditos se tornaram compensáveis.

rante utilizar a compensação para extinguir dívidas naturais suas com créditos civis que tenha sobre o declaratório, uma vez que em relação a elas se verifica a possibilidade de cumprimento, ao qual a lei atribui causa jurídica quando espontaneamente realizado (cfr. artigo 403° CC).

e) Créditos não compensáveis

A lei esclarece no artigo 853° CC, que não podem extinguir-se por compensação:

- os créditos provenientes de factos ilícitos dolosos³⁹;
- os créditos impenhoráveis⁴⁰, excepto se ambos forem da mesma natureza;
- os créditos do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas, excepto quando a lei o autorize (cfr. § 395 BGB com semelhante redacção⁴¹).

Também não é admitida a compensação, se houver prejuízo de direitos de terceiro, constituídos antes de os créditos se tornarem compensáveis, ou se o devedor a ela tiver renunciado (artigo 853° n.º 2 CC). Assim, se o crédito tiver sido arrestado, penhorado, ou objecto de usufruto ou penhor de créditos, a compensação lesaria o terceiro que tinha adquirido aquele direito sobre o crédito, pelo que a compensação só é admitida se os créditos se tivessem tornado compensáveis antes da constituição desse direito.⁴² A renúncia à compensação pode ser expressa ou tácita (cfr. artigo 217° n.º 1 CC). O CC, assim como o BGB, para que a compensação se torne efectiva, é necessária a declaração de uma das partes à outra (artigo 848° n.º 1 CC e § 388 BGB⁴³). No entanto, uma vez efectuada essa declaração, os créditos consideram-se extintos desde o momento em que se tornaram compensáveis (artigo 854° CC). Em consequência, se após essa data um dos créditos for cedido a terceiro, arrestado ou penhorado, o declarante pode continuar a invocar a compensação

³⁹ No entanto, nada impede que o *lesado* venha invocar a compensação para extinguir a sua dívida.

⁴⁰ Cfr., por exemplo, os artigos 2008° n.º 2 CC; 824° alínea a) e b) CPC.

⁴¹ § 395 BGB: „Gegen eine Forderung des Bundes oder eines Landes sowie gegen eine Forderung einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbands ist die Aufrechnung nur zulässig, wenn die Leistung an dieselbe Kasse zu erfolgen hat, aus der die Forderung des Aufrechnenden zu berichtigen ist.“

⁴² A mesma solução vigora em caso de insolvência do devedor, cfr. artigo 99° CIRE.

⁴³ § 388 BGB: “Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird.“

(artigo 853° n.º 2 CC *a contrario*).⁴⁴ Se algum ou ambos os créditos vencerem juros, eles deixam de ser contados a partir desse momento, como também não se tomará em consideração a mora do devedor ocorrida após essa data. Também a prescrição da obrigação não revela se ela ainda não tinha ocorrido no momento em que os créditos se tornaram compensáveis (artigo 850° CC).⁴⁵

Queremos anotar ainda que, como no direito processual civil alemão, a compensação pode ser declarada na contestação (*Klageerwiderung*). A *reconvenção* (*Widerklage*) só é necessária nos casos em que, sendo o crédito invocado pelo réu de montante superior ao invocado pelo autor, aquele pretenda condenação deste no pagamento da diferença.

A lei estabelece que a declaração de compensação é ineficaz se for feita sob condição ou a termo (artigo 848° n.º 2 CC). Este regime justifica-se pelo grau de certeza que é necessário conferir à extinção da obrigação, a qual retroage ao momento da compensabilidade dos créditos, não podendo por isso a declaração de compensação deixar em aberto alguma incerteza sobre os seus efeitos.

Pode, porém, suceder que existam, quer de uma, quer da outra parte, vários créditos compensáveis, podendo a qualquer um deles ser referida a declaração de compensação. Neste caso, a escolha dos créditos que ficam extintos pertence ao declarante (artigo 855° n.º 1 CC), vigorando na ausência de escolha as regras relativas à imputação do cumprimento (cfr. em cima página 18). A outra parte não terá assim a possibilidade de manifestar oposição à escolha, salvo se esta se referir a uma dívida de capital, quando ainda existam juros, despesas ou indemnização, uma vez que nos parece que a norma do artigo 785° n.º 2 CC, que determina que neste caso a imputação só se pode realizar com o consentimento do credor, deve ser igualmente extensiva à compensação.

No âmbito do direito alemão, a aplicação das regras relativas à imputação do cumprimento dá-se, não apenas quando o declarante omite a escolha, mas ainda

⁴⁴ Ocorrendo, no entanto, uma maior limitação a essa faculdade no caso de insolvência, cfr. artigo 99° CIRE.

⁴⁵ A este propósito v. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24.05.2006, Processo n.º 05S369, in: <http://www.dgsi.pt>.

quando a outra parte manifesta imediatamente a oposição a ela (cfr. §§ 396 n.º 1 em conexão com 366 n.º 2 BGB⁴⁶).

14. Novação, remissão e confusão

Entre as causas de extinção das obrigações incluem-se a novação, remissão e confusão. Estas causas de extinção têm, em comparação com as outras formas de supressão analisadas, pouca importância prática e vão ser, por isso, tratadas resumidamente.

A novação consiste na extinção de uma obrigação em virtude de constituição de uma nova, que a substitui. A novação diz-se objectiva, sempre que a nova obrigação se constitui entre os mesmos credores e devedores da obrigação antiga (artigo 857º CC) e diz-se subjectiva sempre que se verifica mudança de algum dos sujeitos da obrigação (artigo 858º CC). Os pressupostos da novação são os seguintes (cfr. artigos 857º e ss. CC): a declaração expressa da intenção de constituir uma nova obrigação em lugar da antiga, a existência e validade da obrigação primitiva e a constituição válida da nova obrigação.

A remissão, prevista nos artigos 863º e ss. CC, consiste no que é vulgamente designado por perdão de dívida. Efectivamente, o credor, tendo naturalmente direito a exigir a prestação do devedor, pode, com o acordo deste, abdicar desse direito, determinando a extinção da dívida, sem que ocorra a realização da prestação. A remissão consiste assim no acordo entre o credor e o devedor pelo qual aquele prescinde de receber deste a prestação devida. Os pressupostos da remissão são os seguintes: existência prévia de uma obrigação e um contrato entre o credor e devedor pelo qual aquele abdica de receber deste a prestação devida.

⁴⁶ § 396 n.º 1 BGB: “1. Hat der eine oder der andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so kann der aufrechnende Teil die Forderungen bestimmen, die gegeneinander aufgerechnet werden sollen. Wird die Aufrechnung ohne eine solche Bestimmung erklärt oder widerspricht der andere Teil unverzüglich, so findet die Vorschrift des § 366 Abs. 2 entsprechende Anwendung.“ § 366 n.º 2 BGB: „2. Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig getilgt.“

A lei regula, por último, a confusão como causa de extinção das obrigações. Consiste ela na extinção simultânea do crédito e da dívida em consequência da reunião, na mesma pessoa, das qualidades de credor e devedor (artigo 868° CC). A confusão tem os seguintes pressupostos (cfr. artigos 868° e ss. CC): a reunião da mesma pessoa das qualidades de credor e devedor, a não pertença do crédito e da dívida a patrimónios separados e a inexistência de prejuízo para os direitos de terceiro.

C. O incumprimento das obrigações (artigos 790° a 816° do Código Civil)

Verifica-se o não cumprimento (incumprimento) quando ocorre a não realização da prestação devida, ou a sua realização em termos que não correspondam à adequada satisfação do interesse do credor.

Nas páginas seguintes far-se-á referencia detalhada às diversas formas de violação do vínculo obrigacional e suas consequências, uma vez que se trata de uma matéria de elevada importância no dia-a-dia do jurista.

1. O não cumprimento temporário

a) A mora do devedor (*Schuldnerverzug*)

(1) Pressupostos da mora do devedor

De acordo com o disposto no artigo 804° n.º 1 CC, a mora do devedor consiste na situação em que a prestação, embora ainda possível, não foi realizada a tempo devido, por facto imputável ao devedor. Exige-se para que ocorra a mora que a prestação ainda seja possível, senão teríamos antes uma situação de impossibilidade definitiva de cumprimento (cfr. artigos 790° ou 801° CC) ou de incumprimento definitivo (artigo 798° CC) e que a não realização da prestação seja imputável ao devedor, caso contrario a hipótese é antes de impossibilidade temporária (artigo 792° CC).

Para ocorrer uma situação de mora, é necessário que ainda seja realizar a prestação em data futura. Por esse motivo, em certo tipo de obrigações não se admite a ocorrência de mora, levando a violação do vínculo obrigacional directamente ao incumprimento definitivo. O artigo 808° CC determina que “se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realiza-

da dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação”, sendo a perda do interesse na prestação apreciada objectivamente (o primeiro caso é o na Alemanha designado por *absolutes Fixgeschäft*, cfr. § 275 BGB⁴⁷). Decidiu o *Supremo Tribunal de Justiça* no seu acórdão de 24.01.2006⁴⁸ que a perda de interesse no negócio tem de ser apreciada objectivamente, não bastando a mera afirmação por quem o invoca de que já não está interessado no cumprimento da obrigação por parte do outro contraente.⁴⁹

A mora do devedor depende, por outro lado, de a prestação não ter sido realizada a tempo devido. Teremos, assim, que recorrer às de determinação do tempo do cumprimento, para averiguar se o devedor esta ou não em situação de mora (artigos 777º e ss. CC). Ora, como se viu – v. em cima páginas 10 e ss. – a regra é a de que as obrigações são puras, ou seja, que não têm prazo certo estipulado, cabendo então a qualquer das partes determinar o momento do cumprimento (artigo 777º n.º 1 CC). Nesse tipo de obrigações, o devedor só fica constituído em mora depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir (artigo 805º n.º 1 CC; cfr. também o § 286 n.º 1 BGB). A interpelação (na terminologia alemã: *Mahnung*) consiste precisamente na comunicação pelo credor ao devedor da sua decisão de lhe exigir o cumprimento da obrigação a qual, de acordo com as regras gerais, pode ser expressa ou tácita (cfr. artigo 217º CC). A lei admite que essa comunicação possa ser feita por via judicial ou extrajudicial, tendo como efeito constituir o devedor em mora, a partir da sua recepção.

Há, porém, casos em que a mora do devedor depende apenas de factores objectivos, tornando-se irrelevante a existência ou não de interpelação pelo credor.

⁴⁷ § 275 BGB: „1. Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. 2. Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. 3. Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. 4. Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326. Cfr. § 323 n.º 2, alínea 2 BGB relativamente aos *relativen Fixgeschäften*.

⁴⁸ Processo n.º 05A4055, in: <http://www.dgsi.pt>.

⁴⁹ Verificada a perda de interesse na prestação por parte de um dos promitentes (no caso de promessa de compra e venda), considera-se que o outro faltou definitivamente à promessa, ficando o promitente cumpridor na titularidade de um poder potestativo à resolução do contrato (artigo 808º CC), com as consequências estabelecidas no artigo 442º n.º 2 CC, em termos de restituição ou perda do sinal - que será em dobro se o faltoso for o promitente vendedor e em singelo se for o promitente comprado, cfr. acórdão do *Supremo Tribunal de Justiça* de 07.03.2006, Processo n.º 05A3426, in: <http://www.dgsi.pt>.

O artigo 805º n.º 2 CC (bem como o § 286 n.º 2 BGB⁵⁰) refere estes casos:

- a obrigação ter prazo certo;
- a obrigação provier de facto ilícito;
- o devedor impedir a interpelação;
- o devedor declarar que não tenciona cumprir a obrigação.

Se a obrigação tiver prazo certo, a interpelação torna-se desnecessária (*entbehrlich*), uma vez que, nos termos do artigo 805º n.º 2 alínea a) CC, o decurso do prazo acarreta, só por si, o vencimento da obrigação. É evidente que mesmo tendo estabelecido prazo, se tivermos perante as denominadas obrigações de *colocação* (*Holschulden*), o simples decurso desse prazo não basta para constituir o devedor em mora, na medida em que o cumprimento pressupõe uma actividade do credor, que tem de se deslocar ao local em que deveria receber a obrigação. Apenas nas obrigações de entrega (*Bringschulden*), ou de envio (*Schickschulden*), a simples omissão da prestação pelo devedor no decurso do prazo determina a constituição em mora.

Em relação à remuneração de transacções comerciais, o artigo 4º n.º 2 do Decreto-Lei 32/2003, vem determinar o débito automático de juros de mora, sempre que do contrato não conste data ou o prazo de pagamento, após a ultrapassagem dos prazos nele referidos, e que são normalmente de 30 dias após a data em que o devedor tiver recebido a factura ou documento equivalente (artigo 4º n.º 2 alínea a) do Decreto-Lei citado).⁵¹ Se a data da recepção da factura ou documento for incerta, o débito automático de juros passa a ocorrer 30 dias após a data de recepção efectiva dos bens ou prestação de serviços (artigo 4º n.º 2 alínea b) do Decreto-Lei citado). A mesma situação ocorre se a factura ou documento equivalente for recebida antes do fornecimento dos bens ou prestação de serviços (artigo 4º n.º 2 alínea c) do Decreto-Lei citado). Se, porém, estiver previsto um processo para determinação da conformidade dos bens e serviços prestados, e o devedor receber a factura ou

⁵⁰ O § 286 BGB é mais completo, pois já contém as regras referentes às transacções comerciais (Decreto-Lei 32/2003 que é produto de uma directiva europeia).

⁵¹ Cfr. § 286 n.º 3 BGB: “ Der Schuldner einer Entgeltforderung kommt spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet; dies gilt gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, nur, wenn auf diese Folgen in der Rechnung oder Zahlungsaufstellung besonders hingewiesen worden ist. Wenn der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung oder Zahlungsaufstellung unsicher ist, kommt der Schuldner, der nicht Verbraucher ist, spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Empfang der Gegenleistung in Verzug“.

documento equivalente antes de aceitar o fornecimento, o vencimento automático de juros apenas se verifica 30 dias após a aceitação (artigo 4º n.º 2 alínea d) do Decreto-Lei citado). A transacção comercial é definida pelo artigo 3º n.º 1 alínea a) do Decreto-Lei 32/2003 como “qualquer transacção entre empresas ou entre empresas e entidades publicas, qualquer que seja a respectiva natureza, forma ou designação, que dê origem ao fornecimento de mercadorias ou à prestação de serviços contra renumeração”, referindo ainda o artigo 2º n.º 2 do mesmo diploma que não são abrangidos os contratos celebrados com consumidores, os juros relativos a outros pagamentos que não efectuados para renumerar transacções comerciais e os pagamentos efectuados a título de indemnização por responsabilidade civil, incluindo os efectuados por companhias de seguros.

Existe igualmente mora, nos termos do artigo 805º n.º 2 alínea b) CC se a obrigação provier de facto ilícito, contando-se, assim, a mora desde a data da prática do acto ilícito.

Finalmente, pode ocorrer a situação de o devedor impedir a interpelação, evitando por exemplo receber a comunicação que o credor lhe dirige. Nessa altura, para evitar que o devedor beneficie com o seu comportamento incorrecto, o artigo 805º n.º 2 alínea c) CC determina que o devedor se considera interpelado na data em que normalmente o teria sido.

A estes casos, deve-se acrescentar – cfr. no direito alemão o § 286 n.º 2, 3ª alínea BGB – ainda a situação de o comportamento do devedor ter tornado a interpelação sem sentido. É o que acontece se o devedor declara ao credor que não tenciona cumprir a obrigação. Porém, essa mora não ocorrerá, a nosso ver, quando a obrigação tenha prazo certo, já que o benefício do prazo acordado anteriormente vincula o credor.⁵²

Em qualquer das situações anteriores, o artigo 805º n.º 3 CC, exige, no entanto, para que ocorra uma situação de mora que a obrigação seja líquida, ou seja, que o seu quantitativo já se encontre determinado, uma vez que enquanto tal não suceder, a mora não se verifica. Esta solução só é quebrada em duas circunstâncias:

- a falta de liquidez ser imputável ao devedor, caso em que não deixa de se considerar verificada a mora para evitar que devedor beneficie de uma situação pela qual ele próprio é responsável,

⁵² Trata-se de uma questão controvertida: cfr., por exemplo *Leitão*, Direito das obrigações, volume II, pág. 228 (nota 455).

- tratar-se de uma responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco, caso em que, apesar da iliquidez, se considera ocorrer mora a partir da citação para a acção de responsabilidade, a menos que já ocorra mora com base na situação anterior.

(2) Consequências da mora do devedor

As consequências da mora do devedor são as seguintes: obrigação de indemnizar os danos causados pelo credor e a inversão do risco pela perda ou deterioração da coisa devida.

A primeira consequência é a obrigação de indemnizar pelos danos que o atraso da prestação causa ao devedor (*Verzugsschaden*, cfr. artigo 804° n.º 1 CC). O credor tem assim o direito a uma indemnização pelos danos sofridos, com o atraso na prestação. Estes danos poderão consistir, por exemplo, em despesas, que o credor teve que suportar durante o período da mora para satisfazer as suas utilidades que lhe seriam proporcionadas pela prestação. Tem que haver um nexo de causalidade entre a mora e os danos sofridos. A concessão de uma indemnização moratória depende da demonstração de que a não realização da prestação no tempo devido causou prejuízos ao credor. No entanto, tratando-se de obrigações pecuniárias, a lei resolve fixar legalmente uma tarifa indemnizatória por considerar o dano como necessariamente equivalente à perda da remuneração habitual do capital durante esse período, ou seja, o juro (*Zins*). Daí que o artigo 806° CC venha prever que, no caso das obrigações pecuniárias, a indemnização corresponde aos juros desde a data da constituição em mora (juros moratórios, *Verzugszinsen*), não se permitindo ao credor a exigência de qualquer outra indemnização, e dispensando-o da prova dos requisitos do dano e do nexo de causalidade entre o facto e o dano. Estes juros correspondem aos juros legais, fixados por portaria ministerial, nos termos do artigo 559° CC, a menos que as partes tivessem estipulado como remuneração do capital um juro mais elevado ou um juro diferente do legal (artigo 806° n.º 2 CC):

- A taxa dos *juros legais* e dos estipulados sem determinação de taxa ou quantitativo desceu de 7% para 4%. A nova taxa entrou em vigor a partir de 1 de Maio.⁵³ Deste modo, também a taxa dos juros indemnizatórios, a pagar pelo Estado ao contribuin-

⁵³ Portaria 291/2003, de 08 de Abril.

te, e dos juros compensatórios, devidos pelo contribuinte ao Estado, aplicáveis às dívidas de impostos passa a ser de 4%.

- Desde dia 1 de Janeiro que a taxa dos *juros comerciais* - taxa supletiva de juros moratórios de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou colectivas é de 9,25%. A Taxa de juros comerciais foi, porém, actualizada para 9.83% no 2º semestre de 2006. Este valor de acordo como o Aviso n.º 7706/2006, de 10.7 manter-se-á inalterado durante o 2.º semestre de 2006.

No caso, porém, de responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco, concede-se ao credor a possibilidade de provar que a mora lhe causou dano superior a estes juros e exigir a indemnização correspondente (artigo 806º n.º 3 CC). A mesma situação se verifica se estiver em causa a remuneração de transacções comerciais, nos termos do artigo 4º n.º 3 do Decreto-Lei 32/2003.

A segunda consequência da mora do devedor é a inversão do risco pela impossibilidade superveniente da prestação resultante de causa não imputável ao devedor. A impossibilidade casual da prestação provoca a extinção da obrigação (artigo 790º CC), pelo que o devedor fica liberado com a sua verificação, cujo risco corre em princípio por conta do credor. Nos contratos reais, o risco pela perda ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante corre por conta do adquirente (artigo 796º n.º 1 CC), pelo que o devedor, em caso de prestações de coisa, fica exonerado se se verificar a sua perda ou deterioração, mantendo o credor o dever de efectuar a contraprestação.

No entanto, se o devedor estiver em mora quando se verifica a impossibilidade superveniente da obrigação corre por sua conta o correspondente risco. Pelo facto de estar em mora, o devedor torna-se responsável pelo prejuízo que o credor tiver em consequência da perda ou deterioração daquilo que deveria entregar, mesmo que estes factos lhe não sejam imputáveis. Fica, porém, salva ao devedor a possibilidade de provar que o credor teria sofrido igualmente os danos se a obrigação tivesse sido cumprida em tempo (artigo 807º CC; cfr. também o semelhante § 287 BGB⁵⁴).

⁵⁴ § 287 BGB: “Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er haftet wegen der Leistung auch für Zufall, es sei denn, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde.“

Assim, no caso de venda de determinado objecto, a lei faz correr o risco por conta do comprador a partir da data da celebração do contrato (artigos 796º n.º 1 e 408º n.º 1 CC), pelo que, se a coisa perecer ou deteriorar casualmente, o vendedor fica exonerado de proceder à entrega da coisa e o comprador continua a ter que pagar o preço correspondente.⁵⁵ Estando, porém, o vendedor em mora, o risco inverte-se, pelo que ele terá de indemnizar o credor caso se verifique a perda ou deterioração do objecto que deveria entregar. Neste caso, a responsabilidade resulta da consideração de que a mora do devedor funcionou como causa indirecta dos danos sofridos pelo credor, pelo que, embora se trate de um caso de responsabilidade objectiva, esta pressupõe uma culpa anterior do devedor na verificação da mora (cfr. no direito alemão: § 286 n.º 4 BGB).

(3) Extinção da mora do devedor

A situação da mora do devedor pode ser extinta em virtude da verificação de uma das seguintes três hipóteses: acordo entre as partes, purgação da mora ou transformação da mora em incumprimento definitivo.

A purgação da mora consiste na situação em que o devedor se apresenta tardiamente a oferecer ao credor a prestação devida e a correspondente indemnização moratória. Esta oferta extingue para o futuro a situação de mora do devedor, mesmo que se verifique a sua não aceitação pelo credor. A não aceitação dá origem à mora do credor (v. em baixo páginas 38 e ss.).

A mora extingue-se também quando se esta perante um incumprimento definitivo, o que sucede nas hipóteses referidas no artigo 808º n.º 1 CC (cfr. em cima página 31). Se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação.

O exemplo de escola do primeiro caso é o de o credor chamar um táxi para apanhar um avião e o táxi só chegar após a partida do avião. Neste caso, é obvio

⁵⁵ No direito alemão esse risco só é suportado pelo comprador após a entrega da coisa (cfr. § 446 BGB): „Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. Der Übergabe steht es gleich, wenn der Käufer im Verzug der Annahme ist.“

que não é admissível a purgação da mora pela realização tardia do transporte, podendo o credor legitimamente recusar a prestação e solicitar uma indemnização por incumprimento definitivo (*absolutes Fixgeschäft*).

No segundo caso, o credor mantém o interesse na prestação, não obstante a mora, mas apesar disso não se considera justificado admitir a possibilidade de eternização da situação. O credor tem, por isso, a faculdade de determinar a transformação da mora em cumprimento definitivo, através da fixação, em termos razoáveis, de um prazo suplementar de cumprimento, com a advertência de que a obrigação se terá por definitivamente incumprida após o decurso deste.

b) A mora do credor (*Gläubigerverzug*)

(1) Pressupostos da mora do credor

A lei estabelece no artigo 813° CC, que o credor incorre em mora, sempre que, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação.

A mora tem assim os seguintes pressupostos: a recusa ou a não realização pelo credor da colaboração necessária para o cumprimento e a ausência de motivo justificado par essa recusa ou omissão.

Na maior parte dos casos a realização da prestação não é possível sem que ocorra uma colaboração do credor. Nas prestações de coisa, o credor tem sempre que aceitar a prestação, podendo mesmo ter que ir ou mandar recebê-la, quando esta não é efectuada no seu domicílio. Em certos casos de prestações de facto positivo, o credor pode ter que fornecer ao devedor os meios necessários para que o devedor preste serviço (por exemplo: contratos de mandato ou empreitada). Noutras situações, pode-lhe ser atribuída a faculdade de determinar a prestação (artigo 400° CC). Se o devedor assim solicitar, é obrigado a prestar quitação no momento da recepção da prestação (artigo 787° n.º 2 CC). Nestas situações em que o cumprimento pressupõe a colaboração do credor, a não realização dessa colaboração por parte dele importa a constituição do credor em mora (artigo 813° CC), uma vez que a não realização da prestação pelo devedor nessas circunstâncias não lhe pode ser imputada.

A mora do credor pressupõe que a recusa da colaboração devida ocorra sem motivo justificado. Em certos casos o credor pode ter motivo justificado para recusar a prestação, como sucede quando esta não coincida plenamente com a obrigação a que o devedor se vinculou. Assim, por exemplo, nos casos de prestação parcial (v. artigo 763º n.º CC) ou de prestação defeituosa, o credor pode recusar a prestação sem incorrer em mora. Tanto o CC como o BGB não exigem que a mora do credor seja devida a culpa deste.⁵⁶

A fronteira entre a impossibilidade da prestação e a mora do credor constitui uma questão jurídica controversa. Na nossa opinião o impedimento do credor para aceitar a prestação ou colaborar no cumprimento não constitui impossibilidade, mas antes mora, não ficando assim o credor exonerado do dever de efectuar a contraprestação. Só haveria assim impossibilidade se, mesmo com a colaboração do credor, fosse impossível para o devedor efectuar a contraprestação. Por exemplo: se alguém contrata um guia de montanha para realizar uma escalada e esta não se pode realizar devido ao mau tempo, a situação é de impossibilidade. Se, porém, a não realização se dever ao facto de o credor adoecer e não poder realizar a escalada, a situação será de mora do credor. O devedor, ao se obrigar a prestar, não assume o risco de a sua prestação não se realizar por ausência de colaboração do credor, mesmo que não derivada de culpa dele. Não se justificaria por isso exonerar nestas situações o credor do dever de efectuar a contraprestação, como resultaria da aplicação do regime da impossibilidade (cfr. artigo 795º n.º 1 CC e § 326 n.º 1 BGB⁵⁷).

(2) Consequências da mora do credor

A mora do credor tem os seguintes efeitos: obrigação de indemnização por parte do credor, atenuação da responsabilidade do devedor e inversão do risco pela perda ou deterioração da coisa.

O credor em mora tem o dever de indemnizar o devedor das maiores despesas que este foi obrigado a fazer com o oferecimento infrutífero da prestação e a

⁵⁶ Uma vez que, se não se impõe ao credor um dever de colaboração no cumprimento, também não se exige que a sua omissão da colaboração seja censurável, de acordo com um juízo de culpa.

⁵⁷ § 326 n.º 1 BGB: “1) Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung; bei einer Teilleistung findet § 441 Abs. 3 entsprechende Anwendung. Satz 1 gilt nicht, wenn der Schuldner im Falle der nicht vertragsgemäßen Leistung die Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht.“

guarda e conservação do respectivo objecto (artigo 816° CC). Trata-se de uma indemnização por facto lícito ou pelo sacrifício, uma vez que o credor não tem a obrigação de aceitar a prestação.

O segundo efeito da mora é a atenuação da responsabilidade do devedor. Nos termos do artigo 798° CC, o devedor responde, verificando-se a falta culposa de cumprimento da obrigação, pelos danos causados ao credor, presumindo-se a sua culpa no incumprimento (artigo 799° n.º 1 CC). A partir do momento em que o credor entra em mora, a responsabilidade do devedor atenua-se, determinando a lei que passa, em relação ao objecto da prestação, apenas a responder pelo seu dolo⁵⁸ e, em relação aos proventos da coisa, apenas responde pelos que efectivamente tenha percebido (artigo 814° n.º 1 CC), excluindo-se assim quaisquer frutos percipiendos, sejam aqueles que o próprio devedor poderia perceber, sejam aqueles que um proprietário diligente poderia ter obtido (cfr. artigo 1271° CC). Para além disso, durante a mora do credor, a dívida deixa de vencer juros, quer legais, quer convencionados (cfr. artigo 814° n.º 2 CC).

A terceira consequência da mora do credor é inversão do risco pela responsabilidade superveniente da prestação, quando esse risco resulte de facto não imputável a dolo do devedor (artigo 815° CC). Regra geral, o risco da impossibilidade superveniente da prestação já é atribuído ao credor, ficando o devedor exonerado se a prestação se impossibilitar por causa que lhe não seja imputável (artigo 790° n.º 1 CC). Certos casos, no entanto, a lei atribui esse risco ao devedor (cfr. artigo 796° n.º 2 CC), continuando assim este vinculado à obrigação, apesar de se verificar a impossibilidade superveniente da prestação por causa que não lhe seja imputável.

Por outro lado, o devedor é responsável perante o credor se a impossibilidade da prestação resultar de causa que lhe seja imputável (artigo 801° n.º 1 CC).

Ocorrendo a situação de mora do credor, o risco da prestação inverte-se, passando a correr sempre por conta do credor. Mas, para além disso, o risco da prestação alarga-se, na medida em que, por força da atenuação da responsabilidade do devedor referida, passa a ser considerado como risco da prestação, a correr por conta do credor, as situações em que a impossibilidade superveniente da prestação

⁵⁸ Em nosso entender cabe ao credor em mora demonstrar que o devedor actuou intencionalmente na destruição ou deterioração do objecto da prestação. Queremos ainda anotar que no direito alemão o credor também não responde pela sua grave negligência (*grobe Fahrlässigkeit*, cfr. artigo 300° CC).

resulta da negligência do devedor (artigo 815º n.º 1 CC). Por esse motivo, tratando-se de um contrato bilateral, a perda do crédito pelo credor em mora, em virtude da impossibilidade superveniente da prestação, não o exonera da contraprestação, embora, caso o devedor tenha algum benefício com a extinção da sua obrigação, possa o valor desse benefício ser descontado na contraprestação (artigo 815º n.º 2 CC).

2. O incumprimento definitivo

a) O incumprimento e responsabilidade obrigacional

(1) Generalidades

Verifica-se o incumprimento definitivo da obrigação quando o devedor não a realiza no tempo devido por facto que lhe é imputável, mas já não lhe é permitida a sua realização posterior, em virtude de o credor ter perdido o interesse na prestação ou ter fixado, após a mora, um prazo suplementar de cumprimento que o devedor desrespeitou (artigo 808º CC).

O incumprimento definitivo tem como consequência a constituição do devedor em responsabilidade obrigacional pelos danos causados ao credor (artigo 798º CC). Verifica-se, nesse caso, a extinção superveniente do dever de prestar, mas ocorrendo essa extinção em virtude de uma conduta ilícita e culposa do devedor, ele é obrigado a indemnizar o credor pelos danos que lhe causou a não realização da prestação.

(2) A ilicitude na responsabilidade obrigacional

Na responsabilidade obrigacional, a ilicitude consiste na inexecução da obrigação, que o artigo 798º CC define como falta de cumprimento. Consistindo o cumprimento na realização pelo devedor da prestação a que está vinculado (artigo 762º n.º 1 CC), este actuará ilicitamente sempre que se verifique qualquer situação de desconformidade entre a sua conduta e o conteúdo do programa obrigacional. Como formas de exclusão da ilicitude podemos referir a excepção de não cumprimento do contrato (artigo 428º e ss. CC) e o direito de retenção (artigos 754º e ss. CC).

(3) A culpa na responsabilidade obrigacional

Cabe ao devedor demonstrar que não teve culpa na violação do vínculo obrigacional (artigo 799° n.º 1 CC).⁵⁹ A culpa poderá revestir as modalidades de dolo ou de negligência. A negligência ocorrerá sempre que o devedor represente a possibilidade de ocorrência do incumprimento, mas actue sem se conformar com a sua verificação, ou nem sequer chegue a representar essa possibilidade.

Em certos casos, porém, a lei limita a responsabilidade do devedor ao dolo, como sucede na hipótese de ocorrência de mora do credor (v. em cima, página 40), ou no âmbito dos contratos gratuitos, de que são exemplos o regime da responsabilidade do doador (artigos 956° e ss. CC), do comodante (artigo 1134° CC) ou do mutuante a título gratuito (artigo 1151° CC). Estabelece o artigo 799° n.º 2 em conexão com o artigo 487° n.º 2 CC que a culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.

(4) O dano na responsabilidade obrigacional

Em virtude do regime unitário da obrigação de indemnização (artigos 562° e ss. CC; cfr. também os §§ 249 e ss. BGB), onde se encontra prevista a forma de cálculo dos danos, verifica-se que também na responsabilidade obrigacional se deve efectuar primariamente a reconstituição natural (artigo 562° CC), apenas se realizando a indemnização em dinheiro quando a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor (artigo 566° CC). Para além disso, no âmbito dos danos compreender-se-ão tanto os danos emergentes como os lucros cessantes (artigo 564° n.º 1 CC), bem como os danos futuros, se forem previsíveis, devendo o tribunal remeter a fixação da indemnização para decisão ulterior sempre que não sejam determináveis (artigo 564° n.º 1 CC).⁶⁰ A responsabilidade abrange o chamado interesse contratual positivo ou de cumprimento (*positives Interesse oder Erfüllungsinteresse*), ou seja todas as utilidades que se frustraram em virtude da não realização da prestação, devendo

⁵⁹ Solução adoptada na generalidade dos códigos, cfr. *Pires de Lima/Antunes Varela*, CC anotado, volume II, pág. 48.

⁶⁰ *Neto*, CC anotado, pág. 601.

a indemnização colocar o credor na situação em que estaria se a obrigação tivesse sido voluntariamente cumprida.⁶¹

Controvertido é a questão se em sede da responsabilidade contratual são aplicadas as normas do artigo 494° CC (limitação da indemnização no caso de mera culpa⁶²) e do artigo 496° CC (ressarcibilidade dos danos morais⁶³). Segundo nos parece, a maioria da doutrina portuguesa tem considerado que a norma do artigo 494° CC não deve ser transposta para a responsabilidade contratual, uma vez que o preceito se encontra colocado em sede delitual, e se afigurar pouco adequado às legítimas expectativas do credor em relação à satisfação do seu direito de crédito admitir a limitação da responsabilidade do devedor.⁶⁴

Relativamente à ressarcibilidade dos danos morais no campo contratual a jurisprudência do *Tribunal da relação do Porto*⁶⁵ é claramente favorável à ressarcibilidade do dano moral no âmbito da responsabilidade contratual. O mesmo acontece face ao direito alemão (cfr. § 253 BGB⁶⁶).

(5) O nexo de causalidade na responsabilidade obrigacional

O artigo 798° CC exige um nexo de causalidade entre o facto e o dano na responsabilidade obrigacional, ao referir que o devedor só responde pelos danos que causa ao credor (v. artigo 563° CC).

⁶¹ Nos termos gerais, o dano patrimonial consiste na diferença entre o estado actual do património da pessoa prejudicada e o estado em que ele se encontraria, no mesmo momento, se o acontecimento danoso não tivesse tido lugar, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.01.2005, Processo n.º 05B2150, in: <http://www.dgsi.pt>.

⁶² Artigo 494° CC: “Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.”

⁶³ Artigo 496° CC: “1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. 2. Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último aos irmãos ou sobrinhos que os representem. 3. O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos número anterior.”

⁶⁴ Cfr. *Leitão*, Direito das obrigações, volume II, pág. 247 (nota 484).

⁶⁵ Acórdão de 5.2.2001, CJ XXVI, Tomo I/2001, pág. 204-208.

⁶⁶ § 253 BGB: „1. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. 2. Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.“

(6) O ónus da prova na responsabilidade obrigacional

O artigo 799° CC (cfr. no direito alemão o § 280 n.º 1 2ª parte BGB após a entrada em vigor em 2002 do *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*⁶⁷) vem referir que incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua, o que implica o estabelecimento de uma presunção de culpa em relação ao devedor de que o incumprimento lhe é imputável, dispensando-se assim o credor de efectuar a prova correspondente (artigo 351° n.º 1 CC).

Relativamente aos outros pressupostos da responsabilidade obrigacional como o facto lícito, o dano e o nexó de causalidade entre o facto e o dano, eles não se encontram referidos na presunção do artigo 799° CC, o que levaria, em princípio, à aplicação do regime geral do artigo 342° n.º 1 CC (ónus do credor).⁶⁸

Se o credor provar a existência do direito de crédito, parece que ficará dispensado de provar a inexecução da obrigação. Pois é o devedor que tem de provar o seu cumprimento. Se, porém, o facto ilícito não for a mera inexecução da obrigação, resultante da abstenção do devedor, mas antes uma conduta positiva, como o cumprimento defeituoso da obrigação, ou a violação de uma obrigação de prestação de facto negativo, já será – segundo a jurisprudência do *Supremo Tribunal de Justiça*⁶⁹ – o credor a ter que provar essa conduta, uma vez que nesses casos a prova da inexecução da obrigação não pode ser dispensada através da regra do artigo 342° n.º 2 CC.

Relativamente ao dano e ao nexó de causalidade, parece claro que ele tem de ser demonstrado pelo credor.

(7) A responsabilidade do devedor pelos actos dos seus auxiliares ou representantes

O artigo 800° n.º 1 CC estabelece que “O devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o

⁶⁷ § 280 n.º 1 2ª parte BGB: “Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat“.

⁶⁸ Artigo 342° CC: “1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. 2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita. 3. Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito.”

⁶⁹ Acórdão de 23.11.2000, CJ-STJ VIII, Tomo III/2000 pág. 139-142.

cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor.” O risco resultante da actuação dos representantes legais (*gesetzliche Vertreter*) ou dos auxiliares do cumprimento (*Erfüllungsgehilfen*) é atribuído ao próprio devedor.⁷⁰

Os pressupostos de aplicação do artigo 800° CC (cfr. § 278 BGB⁷¹) são bastante diferentes dos pressupostos do artigo 500° CC (cfr. § 831 BGB⁷²).

Assim, em primeiro lugar, não se exige uma relação de comissão entre o devedor e o representante legal ou auxiliar, bastando o próprio vínculo da representação legal ou a mera utilização do terceiro para realização da prestação devida.

Para além disso, exige-se que a actuação do representante legal ou auxiliar represente uma violação do vínculo obrigacional, abrangendo também os deveres acessórios que acompanham o vínculo obrigacional.

À semelhança do § 278 BGB *in fine* o artigo 800° n.º 2 CC vem admitir que a responsabilidade do devedor por actos dos seus representantes legais ou auxiliares no cumprimento possa ser convencionalmente limitada ou excluída mediante acordo prévio das partes, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública.

b) O incumprimento nas obrigações de prestações recíprocas

(1) Generalidades

Nos contratos sinalagmáticos verifica-se reciprocidade entre as prestações de ambas as partes, o que implica que, por força do sinalagma funcional, não deva permitir-se a execução de uma das prestações sem que a outra também o seja. É lícita a recusa do cumprimento, enquanto a outra parte não realizar a sua prestação

⁷⁰ Pelos actos ou omissões dos representantes das pessoas colectivas são estas responsáveis, cfr. artigo 165° CC.

⁷¹ § 278 BGB: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung.“

⁷² § 831 BGB: „1. Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Absatz 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.“

e que o incumprimento definitivo de uma das prestações permite à outra parte a resolução do contrato.

(2) Excepção de não cumprimento do contrato

A excepção de não cumprimento do contrato encontra-se prevista no artigo 428º CC, cujo n.º 1 dispõe o seguinte (cfr. também o § 320 BGB⁷³): “Se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo.”

O seu verdadeiro sentido é o de que o excepcionante não se encontra obrigado a cumprir antes da contraparte.⁷⁴ É assim lícita neste caso a recusa do cumprimento, o que impede a aplicação do regime da mora (artigos 804º e ss. CC) e, naturalmente, o do incumprimento definitivo (artigo 808º CC), mesmo que tenha havido interpelação da outra parte. Se as duas obrigações forem puras a excepção de não cumprimento é, assim, sempre invocável, nem sequer podendo ser afastada mediante a prestação de garantias (artigo 428º n.º 2 CC).

Tendo havido, porém, estipulação de prazos certos diferentes para o cumprimento das prestações, um dos contraentes obriga-se a cumprir em primeiro lugar, o que implica uma renúncia da sua parte à excepção de não cumprimento do contrato e conseqüente constituição em mora pelo decurso do prazo (artigo 805º n.º 2 alínea a) CC).

Há, porém, uma situação em que, apesar de existirem prazos diferentes, a lei permite a utilização da excepção de não cumprimento do contrato, mesmo ao contraente que esteja obrigado a cumprir em primeiro lugar. A situação encontra-se prevista no artigo 429º CC e refere-se à hipótese de se verificar, em relação à outra parte, alguma das circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo. Essas circunstâncias constam do artigo 780º CC (cfr. em cima, página 13). No caso de

⁷³ § 320 n.º 1 BGB: “Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung.“

⁷⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.02.2006, Processo n.º 05A3593, in: <http://www.dgsi.pt>.

diminuição de garantias a exceção pode ser afastada mediante a prestação de garantias de cumprimento.

Uma outra questão é a de averiguar se a exceção de não cumprimento do contrato pode ser utilizada quando a outra parte cumpre a obrigação, mas o faz defeituosamente. A solução deverá ser a de que a aceitação da prestação não deve precluir o recurso à exceção, se os defeitos de que a prestação padece prejudicam a integral satisfação do interesse do credor. Neste sentido decidiu o *Supremo Tribunal de Justiça*.⁷⁵

Outro problema diz respeito à determinação de quem compete o ónus da prova dos defeitos. Parece que a aceitação da prestação constituirá presunção da inexistência de defeitos, pelo que caberá à parte que pretende utilizar a exceção perante o cumprimento defeituoso a demonstração de que os defeitos existentes tornam inadequada a prestação, em termos que justificarem o recurso à exceção.⁷⁶

(3) Resolução por incumprimento

A outra consequência do não cumprimento das obrigações de prestações recíprocas é a possibilidade de resolução do contrato por incumprimento, situação que se encontra prevista no artigo 801º n.º 2 CC, relativo à impossibilidade culposa da prestação, mas é naturalmente *igualmente* aplicável ao incumprimento definitivo. Pressuposto do direito à resolução é, em regra, o incumprimento da obrigação ou prestação principal do contrato.⁷⁷

Dispõe essa norma: “Tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro.”

O legislador português (e também o alemão, cfr. § 325 BGB⁷⁸) determinou que a resolução não prejudica o direito à indemnização. De acordo com a doutrina maioritária⁷⁹ a função do artigo 801º n.º 2 CC é, perante o incumprimento de uma das partes num contrato sinalagmático, proporcionar à outra parte uma opção entre duas alternativas:

⁷⁵ Acórdão de 30.11.2000, CJ VIII, Tomo III/2000, pág. 150-154.

⁷⁶ Neste sentido *Leitão*, Direito das obrigações, volume II, pág. 256.

⁷⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04.04.2006, Processo n.º 06A205, in: <http://www.dgsi.pt>.

⁷⁸ § 325 BGB: „Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen.“

⁷⁹ Cfr. *Pires de Lima/Antunes Varela*, CC anotado, volume II, pág. 51 a 52.

- exigir simplesmente uma indemnização por incumprimento, que abrangerá todos os danos suportados em virtude da não realização da prestação pela outra parte (interesse contratual positivo; *positives Interesse*), mantendo-se, porém, a sua própria obrigação;
- obter a resolução do contrato, cuja eficácia retroactiva lhe permite liberar-se da sua obrigação, pedindo eventualmente a restituição da sua prestação já realizada, acrescida de uma indemnização que, neste caso, se limita aos danos derivados da não conclusão do contrato (interesse contratual negativo; *negatives Interesse*). O CC estabelece o carácter retroactivo da resolução (artigos 433º, 289º e 434º CC), determinando a existência de duas pretensões recíprocas de restituição no caso de esta ocorrer no âmbito de um contrato sinalagmático (artigos 433º e 290º CC). Assim, e como foi decidido no recente Acórdão do *Supremo Tribunal de Justiça* de 21.03.2006⁸⁰, a indemnização no caso de resolução terá de se limitar ao interesse contratual negativo, na medida que não pode abranger os danos resultantes da frustração das utilidades proporcionadas pela própria prestação. Tal não significa, porém, que não possa ocorrer uma indemnização por lucros cessantes, bastando ao credor demonstrar que a celebração daquele contrato o impediu de celebrar outro que lhe teria proporcionado benefícios que assim deixou de obter (artigo 564º n.º 1 CC).

(4) A indemnização por incumprimento nos contratos sinalagmáticos

Examinar-se-á neste ponto mais detalhadamente – com referência a algumas discussões na doutrina e jurisprudência alemã – o conteúdo da indemnização por incumprimento nos contratos sinalagmáticos. A indemnização por incumprimento significa perante o artigo 562º CC que o credor deve ser colocado na mesma situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação, ou seja, se, em lugar do não cumprimento, tivesse ocorrido o cumprimento do contrato.

É, porém, questionável se, no caso de o credor ainda não tiver realizado a sua prestação, o facto de este pretender ser indemnizado pelo interesse contratual positivo o obriga a realizar essa mesma prestação. Efectivamente, a indemnização

⁸⁰ Processo n.º 06A329, in: <http://www.dgsi.pt> (“A indemnização que se pode cumular com a resolução do contrato não é a indemnização pelo dano “in contractu”, mas pelo dano “in contraendo” - é a indemnização pelo interesse contratual negativo”). Neste sentido também o Tribunal da Relação do Porto, Acórdão de 8.11.2001, CJ XXVI, Tomo V/2001, pág. 81-83.

ao credor pode ser proporcionada por duas vias: uma corresponde substituir a prestação não realizada pelo seu valor integral, mantendo-se, porém, o credor obrigado a realizar a sua prestação. Outra consiste em determinar o pagamento ao credor apenas da diferença de valor entre a prestação não cumprida e a prestação devida pelo credor, exonerando-se este da sua própria prestação.

Estas duas soluções têm sido apresentadas na doutrina e jurisprudência alemã, sob o cognome *Surrogationstheorie* (teoria da sub-rogação) e *Differenztheorie* (teoria da diferença).

De acordo com os defensores da *Surrogationstheorie*, o nexo de corresponsabilidade entre as prestações que caracteriza o sinalagma mantém-se, apesar da impossibilidade culposa ou incumprimento definitivo da prestação, ocorrendo apenas uma substituição desta pelo seu equivalente pecuniário, que o credor só pode exigir se realizar a sua própria prestação. Isto significa que o faltoso mantém o seu direito à contraprestação.

De acordo com os defensores da *Differenztheorie*, a indemnização por incumprimento nos contratos sinalagmáticos corresponde a uma indemnização pela frustração do próprio sinalagma contratual. Por isso, o credor não tem que realizar a sua própria prestação, uma vez que as obrigações recíprocas de ambas as partes se convertem num único crédito à indemnização pelo montante da diferença de valor entre ambas as prestações. A indemnização é assim fixada tomando em consideração o valor da prestação não cumprida, deduzido do montante correspondente à poupança de despesas pela não realização da própria prestação.

A posição defendida pela doutrina e jurisprudência alemã majoritária é a denominada *eingeschränkte Differentheorie* (teoria da diferença atenuada). Esta doutrina considera que na grande maioria dos casos, o credor tem vantagem em não realizar a sua própria prestação e limitar-se a reclamar a indemnização pela diferença de valor entre as duas, pelo que deverá ser essa a solução prevalecente. Em certos casos, porém, pode haver vantagem para o credor continuar a realizar a sua prestação, pelo que se deveria admitir a possibilidade de ser o credor a escolher entre reclamar apenas a diferença ou então o valor da prestação incumprida, caso em que teria de realizar a sua própria prestação. A teoria da diferença só é, porém, defendida para a hipótese em que o credor não realizou a sua prestação, já que, se o tiver feito, o credor só pode obter a restituição desta se requerer a resolução do

contrato. Se optar pela indemnização pelo incumprimento, o devedor conservará a prestação realizada, sendo assim aplicável neste caso a *Surrogationstheorie*.

(5) A impossibilidade culposa da prestação e sua equiparação ao incumprimento

aa) A indemnização por incumprimento

Se a impossibilidade da obrigação é devida a facto imputável ao devedor, a extinção da obrigação em virtude da impossibilidade constitui o devedor na obrigação de indemnizar o credor pelos danos causados, como se ele faltasse culposamente ao cumprimento da obrigação (artigo 801º n.º 1 CC).⁸¹ Esta situação assemelha-se à do incumprimento da obrigação, uma vez que o devedor continua a não realizar a prestação por facto que lhe é imputável, com a diferença que o nexo de imputação neste caso não se coloca à conduta de não realização da prestação, mas antes em relação à conduta de impossibilitar a prestação.

A consequência da impossibilidade culposa é que o devedor fica da mesma forma obrigado a indemnizar o credor pelos danos correspondentes à frustração das utilidades proporcionadas com a prestação, desde que naturalmente se verifiquem todos os requisitos da responsabilidade obrigacional (v. em cima, páginas 41 e ss.).

bb) O commodum de representação (*stellvertretendes Commodum*)

A impossibilidade de prestação por facto imputável ao devedor pode implicar igualmente que o devedor venha obter um direito sobre certa coisa ou contra terceiro em substituição do objecto da prestação (principalmente através de seguros). Daí que o artigo 803º n.º 2 CC determina que o credor pode também nesses casos exercer o *commodum* de representação, ou seja, exigir a prestação da coisa ou do direito que o devedor obteve contra terceiro em substituição do objecto da prestação (cfr. § 285 BGB⁸²).

⁸¹ Sobre os tipos de impossibilidade cfr. *Bastos*, Notas, volume III, pág. 246.

⁸² § 285 BGB: 1. Erlangt der Schuldner infolge des Umstands, auf Grund dessen er die Leistung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen. 2. Kann der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangen, so mindert sich dieser, wenn er von dem in Absatz 1 bestimmten Recht Gebrauch macht, um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs.

Caso o credor venha a exercer o direito ao *commodum* terá igualmente que manter a sua própria contraprestação, uma vez que a opção pelo *commodum* é incompatível com a extinção da mesma. Se o credor exigir também uma indemnização, a indemnização será reduzida na medida correspondente ao valor do *commodum* (artigo 803º n.º 2 CC).

cc) O regime da impossibilidade parcial

No caso das obrigações divisíveis admite-se que a impossibilidade da prestação possa ser apenas parcial, o que acontecerá, por exemplo, na hipótese de alguém se obrigar a entregar duas pranchas de surf que possui e, culposamente, partir uma delas. Neste caso o artigo 802º n.º 1 CC determina que se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização (no caso de resolução, apenas o interesse negativo, v. em cima, página 48).

O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância (artigo 802º n.º 2 CC). A impossibilidade parcial apenas determina uma extinção parcial do direito à prestação, não sendo assim a prestação integralmente substituída por uma indemnização. A resolução do contrato só é permitida, se o incumprimento parcial tiver uma considerável importância para o credor.

c) Cumprimento defeituoso da obrigação: a violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*)

Verifica-se uma situação de cumprimento defeituoso quando o devedor, embora realizando uma prestação, essa prestação não corresponde integralmente à obrigação a que se vinculou, não permitindo assim a satisfação adequada do interesse do credor.

Não se verificando, assim, a liberação do devedor, podem ocorrer as seguintes situações: ou o devedor se constitui em mora (artigo 804º CC, § 286 BGB) ou se verifica o incumprimento definitivo da obrigação (artigo 808º CC, §§ 281, 323 BGB). No primeiro caso, o credor preserva o interesse na prestação, pelo que caberá ao

devedor reparar o defeito (v. em cima, páginas 31 e ss.). No segundo caso, o credor perde definitivamente o interesse na prestação, cabendo então ao devedor pagar ao credor a indemnização por incumprimento definitivo (v. em cima, páginas 41 e ss.). Pode, porém, suceder que não ocorra sequer qualquer destas situações, quando o cumprimento defeituoso se verifique antes do vencimento da obrigação e o devedor repare os defeitos ou substitua a prestação, antes desse vencimento.

Em qualquer caso, o cumprimento defeituoso é susceptível de causar danos distintos daqueles que resultam da mora ou do incumprimento definitivo da obrigação. Enquanto o actual § 281 BGB⁸³ (na versão do *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* de 2002) refere expressamente que a violação da obrigação tanto pode consistir na não realização da prestação como na sua realização em desconformidade com o conteúdo do dever, o CC português não contemplou na parte geral das obrigações, a situação do cumprimento defeituoso. Essa matéria, no entanto, é regulada nos diversos contratos em especial, tratando-se sucessivamente, em sede de compra e venda⁸⁴, a venda de bens alheios (artigos 852º e ss. CC), venda de bens onerados (artigos 905º e ss. CC) e venda de coisas defeituosas (artigo 913º CC); em sede de doação, a doação de bens alheios (artigo 956º CC) e os ónus ou vícios do direito ou da coisa doada (artigo 957º CC); em sede de locação, os vícios da coisa locada (artigo 1032 e ss. CC); em sede de comodato, o regime da responsabilidade do comodante pelos vícios ou limitações do direito ou pelos vícios da coisa (artigo 1134º CC), aplicável também ao mutuo gratuito (artigo 1151º CC); e em sede de empreitada⁸⁵ o regime dos defeitos da obra (artigos 1218º e ss. CC).

Não há, porém, obstáculos a que, a partir desses regimes, se tente estabelecer uma doutrina geral do cumprimento defeituoso, por haver uma lacuna.⁸⁶

Assim, em primeiro lugar, verifica-se que no cumprimento defeituoso a ilicitude resulta ou da violação dos deveres secundários ou de deveres acessórios

⁸³ § 281 n.º 1 BGB: "Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist."

⁸⁴ Cfr. relativamente à compra e venda de bens de consumo: Decreto-Lei 67/2003, de 7 de Abril (transpõe a directiva 1999/44/CE para o direito português. Na Alemanha o conteúdo da directiva foi integrado no BGB com o *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* em 2002.

⁸⁵ V. a tradução alemã do autor dos artigos do Código Civil que regulam a empreitada no site <http://www.rathenau.com>.

⁸⁶ *Andrade*, Obrigações, pág. 326 a 327.

(*Sekundärpflichten*, cfr. § 241 n.º 2 BGB), que acompanham o dever da prestação principal.

Em segundo lugar, ao cumprimento defeituoso é aplicável a presunção de culpa do artigo 799º n.º 1 CC, o que obriga o devedor a demonstrar que ele não procede de culpa sua (solução semelhante à alemã, cfr. § 280 n.º 1 2ª parte BGB).

Relativamente aos danos causados pelo cumprimento defeituoso, eles poderão corresponder à frustração das utilidades causadas pela prestação (*Erfüllungsinteresse*) ou extravasar desse âmbito (danos exteriores, os designados por *Begleitschäden*). No primeiro caso, o credor terá direito a uma indemnização por incumprimento, podendo, no caso de se tratar de um contrato sinalagmático, exercer ainda as alternativas conferidas ao credor nesses contratos (v. em cima, páginas 46 e ss.). No segundo caso, a indemnização por esses danos é completamente exterior ao dever de efectuar a prestação, pelo que pode ser cumulada com a acção de cumprimento.

D. A realização coactiva da prestação (artigos 817º a 830º do Código Civil)

1. A acção de cumprimento e a execução

Por último queremos fazer algumas anotações processuais relativamente à realização coactiva da prestação (cfr. artigos 817º e ss. CC).

Qualquer credor tem, em caso de não realização da prestação, uma garantia judiciária da obrigação, consistente na possibilidade de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor (artigo 817º CC).

Esta exigência judicial de cumprimento efectua-se normalmente através da acção de condenação (*Leistungsklage/Verurteilungsklage*) onde, com base no pressuposto ou previsão da violação do direito, se exige a prestação de uma coisa ou de um facto (cfr. artigo 4º n.º 2 alínea b) CPC).

Caso a condenação do devedor não seja por este observada, a realização efectiva do direito do credor exige a instauração de uma acção executiva (artigo 4º n.º 3 CPC; *Vollstreckungsklage*). A acção executiva tem sempre como pressuposto um título executivo, através do qual se determinam o fim e os limites da acção executiva (artigo 45º n.º 1 CPC). A sentença condenatória é um título executivo (artigo 46º n.º 1 alínea a) CPC).

Existem, porém, títulos executivos de carácter extrajudicial:

- os documentos exarados ou autenticados pelo notário que importem constituição ou reconhecimento de qualquer obrigação (artigo 46° n.º 1 alínea b) CPC);
- os documentos particulares, assinados pelo devedor, que importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável por simples calculo aritmético, ou de obrigação de entrega de coisas ou de prestação de facto (artigo 46° n.º 1 alínea c) CPC);
- os documentos a que por disposição especial seja reconhecida força executiva (artigo 46° n.º 1 alínea d) CPC).

A acção executiva pode ter três fins distintos: o pagamento de quantia certa, a entrega de coisa certa e a prestação de facto (artigo 45° n.º 2 CPC). Os artigos 810° e ss., 928 e ss. e 933 e ss. CPC contêm disposições para cada destes fins de execução. A forma mais comum na prática é a da execução para pagamento de quantia certa a que se referem os artigos 810° e ss. CPC.

2. A execução específica das obrigações

Pode também suceder que o credor venha obter a satisfação, por via judicial, do seu crédito na forma originária, através da produção do mesmo resultado que lhe proporcionaria o cumprimento voluntário da obrigação (*execução específica*, em distinção da mencionada *execução por equivalente*).⁸⁷

Enquanto o pressuposto da execução por equivalente é o incumprimento definitivo da obrigação (artigo 808° CC), a execução específica pressupõe a manutenção, na esfera do credor, do seu direito à prestação original. O seu pressuposto, é por isso, a simples mora (artigo 804° CC).

A execução específica encontra-se prevista nos artigos 827° e ss. CC, abrangendo os casos de entrega de coisa determinada, da prestação de facto positivo fungível, da não realização de determinada obra e da obrigação de contratar.

⁸⁷ Cfr. *Bastos*, Notas, volume IV, pág. 7 e ss.

O primeiro caso referido é o de a obrigação consistir na entrega de coisa determinada. Neste caso, o artigo 827° CC prevê que o credor pode requerer, em tribunal, que a entrega lhe seja feita, aplicando-se o processo de execução para a entrega de coisa certa (artigo 928° e ss. CPC).

O segundo caso referido é o de a obrigação consistir na prestação de facto fungível, onde o credor pode requerer que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor (artigo 828° CC). Neste caso, o tribunal procederá à venda judicial dos bens do devedor para com o produto da venda contratar a realização da prestação por terceiro (artigo 935° CPC).

A obrigação de não realização de determinada obra permite ao credor, em caso de incumprimento, requerer em tribunal a sua demolição (artigo 829° n.º 1 CC), mas essa faculdade compreensivelmente cessa se os prejuízos causados pela demolição para o devedor forem consideravelmente superiores ao prejuízo sofrido pelo credor, havendo então apenas lugar a indemnização (artigo 829° n.º 2 CC). Aplica-se neste caso o processo de execução para prestação de facto negativo (artigos 941° e ss. CPC).

Finalmente, temos a obrigação de contratar, prevista no artigo 830° CC, que permite ao credor requerer em tribunal a emissão de uma sentença que produza os efeitos do contrato que o devedor se obrigara a celebrar. Neste caso, a execução específica realiza-se, não através do processo executivo, mas por via de uma acção declarativa constitutiva (*Feststellungsklage*), cfr. artigo 4° n.º 1 alínea c) CPC.

3. A sanção pecuniária compulsória

Nos casos em que não é possível o recurso à execução específica, a lei admite ainda a possibilidade de coagir o devedor ao cumprimento, através da denominada sanção pecuniária compulsória, inspirada nas *astreintes* do modelo francês.⁸⁸ Esta figura encontra-se prevista no artigo 829°-A CC que a permite, em relação às prestações de facto infungíveis, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado. Nesses casos, a requerimento do credor pode o tribunal condenar o devedor no pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme mais adequado às circunstâncias do caso (artigo 829°-A n.º 1 CC). Daqui resulta que o

⁸⁸ Bastos, Notas, volume IV, pág. 10.

legislador admite a sanção pecuniária compulsória em termos extremamente limitados, já que esta não pode ser declarada oficiosamente, exigindo-se o requerimento do credor, e só é permitida em relação a obrigações de prestação de facto infungível, delas se excluindo, porém, as prestações que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, talvez a situação mais frequente.

O artigo 829^o-A n.º 2 CC determina que a sanção pecuniária compulsória será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar. Desta forma resulta a independência da sanção pecuniária compulsória em relação à indemnização, e a sua conseqüente cumulabilidade com esta.

Os beneficiários da sanção pecuniária compulsória são o credor e o estado em partes iguais (artigo 829-A n.º 3 CC), solução que aparece justificada pelo facto de ela tutelar não apenas o interesse particular de compelir à satisfação do crédito, mas também o interesse colectivo de as obrigações serem regularmente cumpridas.

Dispõe ainda o artigo 829-A n.º 4 CC que quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar.