

REVISTA DA  
FACULDADE DE DIREITO DA  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

---

LISBON LAW REVIEW



ANO LXV

2024

NÚMEROS 1 E 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Periodicidade Semestral  
Vol. LXV (2024) 1 e 2

LISBON LAW REVIEW

---

#### COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)  
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)  
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)  
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)  
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)  
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)  
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)  
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)  
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)  
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)  
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)  
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)  
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

---

#### DIRETOR

Luís Pereira Coutinho

---

#### COMISSÃO DE REDAÇÃO

Cláudia Madaleno  
Francisco Rodrigues Rocha  
Marco Caldeira  
Raquel Franco Moniz  
Rui Soares Pereira

---

#### SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

---

#### PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

#### EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

ISSN 0870-3116

---

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Fevereiro, 2025

- **Luís Pereira Coutinho**  
9-10 Editorial

#### ESTUDOS DE ABERTURA

- **Jorge Miranda**  
13-26 A revolução de 1974 e a Constituição  
*The 1974 Revolution and the Constitution*

- **Massimo La Torre**  
27-54 Principles, Constitutional Justice, and Representation: A Debate  
*Princípios, justiça constitucional e representação: uma discussão*

- **Michel Troper**  
55-66 Constitutional Interpretation. A realist view  
*Interpretação constitucional: uma perspectiva realista*

#### ESTUDOS DOUTRINAIS

- **Daniele Coduti**  
69-91 La forma di governo con elezione diretta del Presidente del Consiglio nella proposta di riforma costituzionale del Governo Meloni  
*A forma de governo com eleição direta do Primeiro-Ministro na proposta de reforma constitucional do governo Meloni*

- **Dinis Braz Teixeira**  
93-119 Introdução à Filosofia Jurídica de Norberto Bobbio  
*Introduction to Norberto Bobbio's Legal Philosophy*

- **Filipa Calheiros Ferraz**  
121-163 Contratação pública sustentável  
*Sustainable Public Procurement*

- **Henrique Simões**  
165-220 O âmbito de aplicação da Convenção de Viena sobre contratos para venda internacional de mercadorias  
*The Scope of Application of the Vienna Convention on the International Sales of Goods*

- **Herbert Küpper**  
221-244 Dinosaur, Chameleon or Hippopotamus? Article 9 of the Portuguese Constitution in a Comparative Perspective  
*Dinossauro, camaleão ou hipopótamo? O artigo 9.º da Constituição portuguesa em perspectiva comparada*

- 
- Kai Ambos**  
245-256 *In absentia* Proceedings before the International Criminal Court?  
*Procedimentos in absentia no Tribunal Penal Internacional*
- 
- Pedro Múrias | Maria de Lurdes Pereira**  
257-356 Perturbações da prestação pelo credor  
*Disruptions of Performance Brought About by the Creditor*
- 
- Saba V. M. Da Silva | Ana Rita Gil**  
357-383 Implementation of human rights in India and Portugal through National Human Rights Institutions: A comparative and critical analysis  
*Implementação dos Direitos Humanos na Índia e em Portugal através das Instituições Nacionais de Direitos Humanos: uma análise comparativa e crítica*
- 
- Vasco Becker-Weinberg**  
385-395 A proliferação de armas de destruição maciça por mar e a inevitável tensão entre *mare liberum* e *mare securum*  
*The proliferation of weapons of mass destruction by sea and the inevitable tension between mare lberum and mare securum*

## JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

- 
- Francisco Rodrigues Rocha**  
399-433 Entre o âmbito de aplicação da Convenção de Bruxelas de 1924 e os poderes de representação dos transitários. Comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de abril de 2011  
*Between the scope of the Brussels Convention of 1924 and representation powers of freight forwarders. Comments to the decision of the Supreme Court of Justice of 14 April 2011*

## VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- 
- António Pedro Barbas Homem**  
437-440 Discurso de petição do grau de Doutor *Honoris Causa* ao Professor Jean-Louis Halpérin  
*Speech Petitioning the Concession of a Honoris Cause Doctorate Degree to Professor Jean-Louis Halpérin*
- 
- Jean-Louis Halperín**  
441-447 Discurso de aceitação do grau de Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Lisboa  
*Acceptance Speech for the Honoris Cause Doctorate Degree from the University of Lisbon*

---

**Miguel Teixeira de Sousa**  
449-452 Discurso de petição do grau de Doutor *Honoris Causa* ao Professor Burkhard Hess: elogio a Burkhard Hess  
*Speech Petitioning the Concession of a Honoris Cause Doctorate Degree to Professor Burkhard Hess: In Honor of Burkhard Hess*

---

**Vasco Pereira da Silva**  
453-456 Speech Petitioning the Concession of a *Honoris Causa* Doctorate Degree to Professor Jörn-Axel Kämmerer: In Honor of Jörn-Axel Kämmerer  
*Discurso de petição do grau de Doutor Honoris Causa ao Professor Jörn-Axel Kämmerer: em honra de Jörn-Axel Kämmerer*

---

**Jörn Axel Kämmerer**  
457-473 Acceptance Speech for the *Honoris Causa* Doctorate Degree from the University of Lisbon: Some Reflections on Discoveries in the “Land of (Public) Law”  
*Discurso de aceitação do grau de Doutor Honoris Causa pela Universidade de Lisboa: algumas reflexões sobre os descobrimentos na “Terra do Direito (Público)”*

## LIVROS & ARTIGOS

---

**Luís Pereira Coutinho**  
477-486 Recensão à obra *The Long Arc of Legality: Hobbes, Kelsen, Hart de David Dyzenhaus*



# Perturbações da prestação pelo credor

## *Disruptions of Performance Brought About by the Creditor*

Pedro Múrias\* | Maria de Lurdes Pereira\*\*\*\*\*

**Resumo:** Fazemos aqui uma exposição sistemática simples de toda a matéria das perturbações do cumprimento geradas pelo credor, com revisão de alguns dos argumentos e conclusões de estudos anteriores. Procuramos harmonizar as disposições mais significativas do Código Civil, designadamente as que respeitam à impossibilidade imputável ao credor e à mora do credor, bem como os dados doutrinários sobre aquilo a que chamamos «os casos perplexos», ou seja, sobretudo, a matéria da impossibilidade oriunda da «esfera» do credor que não decorra de «culpa» sua nem de um atraso seu. Introduzimos a categoria dos subdireitos para identificar certas posições do devedor, criticamos algumas dogmáticas do «risco», por falta de rigor, e defendemos a figura dos actos de aproximação ao cumprimento ou de «quase-cumprimento».

**Palavras-chave:** culpa do credor, mora do credor, casos perplexos, impossibilidade.

**Abstract:** Here we provide a simple systematic explanation of the entire issue of disturbances of performance generated by the creditor, with a review of some of the arguments and conclusions of previous studies. We seek to harmonize the most significant provisions of the Civil Code, notably those relating to the impossibility attributable to the creditor and the creditor's delay, as well as the doctrinal data on what we call the *casus perplexi*, that is, above all, the matter of impossibility arising from the creditor's "sphere" that does not arise from their "fault" or delay. We introduce the concept of sub-rights to pick certain positions of debtors, criticize some doctrines of "contractual risk", and argue for the category of "approximation to performance" or "quasi-performance".

**Keywords:** creditor's fault; creditor's delay; *casus perplexi*; impossibility.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Desistência da prestação e impossibilidade imputável ao credor; a) Ideia geral e desistência da prestação; b) Impossibilidade imputável ao credor; 3. Mora do credor; a) Ideia geral; b) Tentativas de fundamentação; c) Alguns desenvolvimentos do regime. 4. Os casos perplexos; a) Noção e soluções razoáveis; b) A questão conceptual; c) Tentativas de fundamentação; d) Materialidade, sinalagma e responsabilidade primária.

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica (Lisboa).

\*\* Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

\*\*\* Um agradecimento especial a Francisco Mendes Correia pelas discussões sobre este tema e pela co-autoria de textos numa série de temas próximos.

## 1. Introdução

Este estudo parte do livro de M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira sobre *Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação*, de 2001,<sup>1</sup> oferecendo agora uma exposição sistemática simples de toda a matéria das perturbações do cumprimento geradas pelo credor, com revisão de alguns dos argumentos e conclusões anteriores. Procuramos harmonizar as disposições mais significativas do Código Civil, designadamente o art. 795.º/2, sobre impossibilidade imputável ao credor, e os arts. 813.º ss., sobre mora do credor, bem como os dados doutriniais sobre a matéria a que chamamos «os casos perplexos», ou seja, sobretudo, a matéria da impossibilidade oriunda da «esfera» do credor que não decorra de «culpa» sua nem de um atraso seu.

Fazemos uso da ideia de que há um regime geral dos direitos (subjectivos) a que se submetem figuras próximas, a incluir a posição do titular de qualquer atribuição que não seja uma obrigação.<sup>2</sup> Ainda no plano metodológico, embora seguindo orientações anteriores, damos no presente estudo maior premência a argumentos desencadeados pelo sentimento de justiça, pelas intuições de solução justa, presumindo «que o legislador consagrou as soluções mais acertadas» (cf. art. 9.º/3) e entendendo que, na maioria dos casos, o Código Civil consagra regras conformes com o simples bom senso jurídico. O sentimento de justiça é um impulso para a argumentação.

Alguns aspectos de substância em que inovamos são a introdução da categoria dos *subdireitos* para identificar as posições do devedor tuteladas, designadamente, pelo regime da mora do credor, a *crítica a algumas dogmáticas do «risco»*, antigas e modernas, por falta de rigor, a distinção entre responsabilidade *pela* esfera jurídica e responsabilidade *da* esfera jurídica, certa ligação do art. 795.º/2 aos temas da boa fé, e um argumento de materialidade que observa actos de *aproximação ao cumprimento* no trabalho e no tempo gastos pelo devedor, mercedores de tutela sinalagmática nos casos perplexos. Seguimos o livro de 2001 na defesa de um conceito simples

<sup>1</sup> M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação*, Almedina, 2001. Também usamos texto e ideias de M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, «Mora do Credor», anot. arts. 813.º ss., no *Código Civil Comentado*, vol. II, *Das Obrigações em Geral*, Almedina, 2021.

<sup>2</sup> Cf. Múrias, *A Análise Axiológica do Direito Civil*, Gestlegal, 2023 (citada doravante como *AnAx*), 351-368 («regime típico» dos direitos-pretensões) e 531-629 (extensão do conceito de direitos e inclusão das atribuições, através dos «direitos de base» ou «axiodireitos»). A ideia de atribuição como ampliação da obrigação, para o direito do não cumprimento, teve a primeira versão desenvolvida em M.<sup>a</sup> L. Pereira/P. Múrias, «Conceito e Extensão do Sinalagma», *Estudos Oliveira Ascensão*, vol. I, Almedina, 2008, 379-430 (= *Os Três Problemas do Não Cumprimento. Estudos*, AAFDL, 2021, 7-61), com uma reflexão apenas conceptual em P. Múrias, «Um Conceito de Atribuição para o Direito do Não Cumprimento», *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, 797-856.

de impossibilidade da prestação, na redução do art. 790.º à falta de sentido de uma obrigação de fazer o impossível e na fundamentação do art. 795.º/1 apenas na ideia de sinalagma, mantendo a recusa de sobrecarregar estes preceitos com outro género de considerações. Mantemos também a adesão a um conceito amplo de mora do credor, não dependente de «culpa» deste. Com alguma novidade, interpretamos o art. 1227.º num sentido conforme com o seu contexto histórico e legal, e com a própria dogmática dos casos perplexos, a que a doutrina portuguesa o liga desde o estudo fundador de Baptista Machado.<sup>3</sup>

## 2. Desistência da prestação e impossibilidade imputável ao credor

### a) Ideia geral e desistência da prestação

#### O princípio

Nas regras sobre impossibilidade não imputável ao devedor, tem natureza própria o art. 795.º/2, que cabe analisar aqui. Diz o preceito que, se a impossibilidade se dever a culpa do credor, este mantém-se obrigado à contraprestação, podendo descontar algum benefício que o devedor tenha tido com a exoneração. O artigo não é tão óbvio como se possa pensar. A culpa do credor afasta o «princípio do sinalagma»:<sup>4</sup> o credor vai pagar sem receber, quando só estava vinculado a prestar se o outro prestasse também. E a culpa do credor será frequentemente «culpa» entre aspas, porque o credor, na generalidade dos casos, é livre de impossibilitar a prestação a que tem direito. O seu acto é lícito e, portanto, não é culposo *stricto sensu*. Os deveres são do devedor.

Começamos, porém, pela matéria da *desistência da prestação* pelo credor – ou desistência de qualquer atribuição pelo seu titular, *i.e.*, pelo titular do direito de base que dela faz parte. Não estamos aqui no âmbito coberto pela letra do art. 795.º/2, mas a solução que dele consta vale por maioria de razão: o credor pode desistir da prestação, mas mantém-se obrigado à contraprestação, mesmo sem o

---

<sup>3</sup> J. Baptista Machado, «Risco Contratual e Mora do Credor. Risco de Perda do Valor-Utilidade ou do Rendimento da Prestação e de Desperdício da Capacidade de Prestar Vinculada», *Obra Dispersa*, vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991 (1985), 257-343.

<sup>4</sup> Usamos esta expressão, «princípio do sinalagma», para referir comodamente o elemento normativo comum aos efeitos jurídicos (e legais) do sinalagma, mas sem pressupor que haja alguma norma jurídica que acresça àquelas que fundamentam uma eficácia sinalagmática, designadamente, no caso dos contratos, a autonomia privada e os direitos prévios das partes. Sobre o «não ser» do princípio do sinalagma, cf. P. Múrias, *AnAx*, 111-116.

devedor realizar a prestação. Em muitos casos, o devedor não terá sequer a *possibilidade factual* de realizar a prestação, por precisar para isso da colaboração do credor.

A contraprestação tem de se manter, caso contrário estaríamos a reconhecer a todos os contratantes sinalagmáticos o direito de «saírem» do contrato a seu bel-prazer, contra um sentido do *pacta sunt servanda* (406.º/1) e contra o direito inicial da contraparte a, realizando a prestação, receber a contraprestação. Como diz o art. 406.º/1, o contrato em princípio «só pode [...] extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes». Se, pelo contrário, o credor desistente não permanecesse obrigado à contraprestação, seria como dar-lhe o direito de resolver o contrato sem fundamento, quando na verdade a resolução precisa de fundamento legal ou convencional (art. 432.º/1). Sendo assim, em caso de desistência do credor, o devedor passa a ter direito à contraprestação sem realizar a prestação.

É importante reconhecer ao credor o direito de renunciar unilateralmente à prestação, de desistir dela, eliminando o seu direito de crédito e o dever correlativo do devedor. Contra esta solução joga o disposto no art. 863.º/1, segundo o qual o perdão de dívidas (ou *remissão*) só ocorre por contrato, e não por acto unilateral do credor. Não cabe agora discutir o alcance exacto deste preceito. Por agora, atentemos no *princípio da disponibilidade dos direitos*. Os direitos, salvo razões especiais, não se impõem aos seus titulares, não são vinculações, são espaços de liberdade, que em princípio têm de incluir a liberdade de eliminá-los. E, na verdade, diversas *regras dos contratos em especial* – embora não de todos eles – consagram, embora com linguagem variável, um direito de desistência da prestação pelo credor, ou melhor, em geral, de desistência da atribuição pelo seu titular.<sup>5</sup> É o caso dos arts. 1147.º/2.ª (renúncia ao prazo pelo mutuário), 1170.º (e 1172.º/c: revogação do mandato pelo mandante), 1194.º («renúncia» ao prazo pelo depositante) e 1229.º (desistência da empreitada pelo dono da obra).

Em todos estes preceitos se dispõe, aproximadamente, que o titular do direito que a ele renuncia se mantém obrigado à contraprestação (sem que o devedor realize a prestação).<sup>6</sup> Então, e pelo menos, a desistência *ad nutum* (sem fundamento

<sup>5</sup> Cf. M.ª Lurdes Pereira, *Conceito de Prestação*, 237-264.

<sup>6</sup> No art. 1229.º a *indemnização* dos gastos, trabalho e «proveito que poderia tirar da obra» deve ser entendida no sentido de dar ao empreiteiro um montante correspondente à totalidade do preço, com dedução das despesas poupadas e de alguma ocupação alternativa da sua força de trabalho (quando esta ocorra). Além de outros argumentos, há o do caso próximo das alterações ao plano acordado impostas pelo dono da obra, em que a lei é clara no sentido da preservação do direito à totalidade do preço, com deduções (M.ª Lurdes Pereira, *Conceito*, 243-245). Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, Almedina, 2005, 565-566, defende a solução diversa de uma «obrigação de indemnizar o *quantum meruit*».

especial) da prestação não liberta o credor da contraprestação. Este é *um efeito jurídico contrário ao princípio do sinalagma*, porque o ex-credor desistente tem de pagar por aquilo que não recebe, ou melhor, por aquilo que não é prestado.<sup>7</sup> Ainda assim, a norma não suscita dúvidas quanto à sua justiça.

A livre disponibilidade dos direitos está no cerne da figura da desistência, mas não explica inteiramente a exiguidade das respetivas previsões legais. Repare-se em que as disposições enumeradas se cingem a uma das partes do contrato, não se regulando um direito de desistência do mutuante (relativamente aos juros), do mandatário (relativamente à retribuição), do depositário (relativamente à retribuição) ou do empreiteiro (relativamente ao preço). Percebe-se a diferença de tratamento: além do espaço de liberdade inerente aos direitos, a faculdade de renúncia à prestação justifica-se também por permitir ao credor impedi-la quando se tenha tornado nociva ou contrária à sua vontade ou interesse (p. ex., o dono da obra quer conservar o edifício cuja demolição acordou; o depositante precisa de utilizar a coisa). É difícil pensar em situações análogas no caso de contraprestações pecuniárias (os juros no mútuo, e as retribuições e preço referidos). Também não é impossível que a desistência sirva, nas hipóteses legalmente previstas, para evitar custos que possam ser poupados, o que supõe, todavia, a possibilidade de descontos na contraprestação devida pelo desistente.

O art. 795.º/2 contém, de facto, um limite à vinculação do credor à contraprestação, pois este tem o direito de descontar o benefício que o devedor tiver com a exoneração. Cabe ao credor provar que o devedor *fez poupanças* pelo facto de não prestar, e o montante dessas poupanças. Também tem sido aceite que o credor possa descontar lucros que o devedor teve pela celebração e execução de contratos que não teria tido a oportunidade de celebrar se se mantivesse obrigado à prestação inicial. Na desistência da prestação, a lei autoriza solução idêntica no regime do mandato (art. 1172.º/c)) e da empreitada (art. 1229.º). A desistência dá ao mandatário e ao empreiteiro, respetivamente, o direito a serem «indemnizados», e nessa estatuição vai contido o imperativo da dedução das vantagens resultantes da exoneração. A regra deve ser ainda alargada ao mútuo e ao depósito, por não haver diferença entre os casos de desistência que justifique um tratamento mais vantajoso do mutuante e do depositante<sup>8</sup>. A questão dos descontos suscita, no entanto, algumas dificuldades.

Exonerado da sua obrigação, devido à impossibilidade com culpa do credor, o devedor conserva o direito à contraprestação. Não perde aquilo que, por força do sinalagma, dependia do seu cumprimento. Como, porém, não chegou a cumprir, pode

<sup>7</sup> Recorde-se que nem todas as prestações têm de ser «recebidas» de alguma forma pelo credor.

<sup>8</sup> M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito de Prestação*, 266.

ter tido benefícios com a exoneração. A lei ordena que os benefícios sejam deduzidos da contraprestação devida. Embora a lei não especifique, incluem-se aqui benefícios que devem ser *restituídos* se contraprestação tiver sido paga antecipadamente (só, naturalmente, benefícios referentes à parte que tiver de ser restituída).

Como benefícios dedutíveis devem ser consideradas as *despesas implicadas pelo cumprimento e que tenham sido economizadas* por a prestação não ter sido realizada. Também parecem entrar ainda nos benefícios a descontar os *ganhos que o devedor obteve com a ocupação substitutiva que deu à sua capacidade de prestar*, na medida em que essa capacidade tenha sido libertada por força da exoneração. Só este tipo de poupanças e ganhos pode ser descontado, e não todos aqueles que estejam causalmente ligados à exoneração. P. ex., se o devedor receber um subsídio público em consequência da exoneração (p. ex., um apoio a empresas em dificuldades), esse benefício não será considerado para efeitos de desconto. Quanto às receitas, apenas poderão contar as que resultem da aplicação da capacidade de prestar libertada por a prestação se ter tornado impossível: só essa capacidade se encontrava destinada ao credor, pelo que só os ganhos obtidos através da sua aplicação ou exploração podem ser deduzidos.

Quanto às receitas do devedor, contudo, geram-se dúvidas. Por um lado, é indispensável a causalidade da impossibilidade para a receita. Ora, não há causalidade quando o devedor tenha uma *capacidade elástica de prestar, i.e.*, quando consiga acorrer a várias solicitações ou «encomendas» sem que a aceitação de umas imponha a recusa de outras. Se a organização do devedor é tal que certo aumento da procura não esgota o seu potencial de prestar, as novas tarefas (novos contratos) não geram uma receita que lhe seja proporcionada pela exoneração.<sup>9</sup> No pólo oposto estão os casos em que a prestação que se tornou impossível correspondia a uma actividade pessoal absorvente. Aí, exoneração é causa da ocupação lucrativa ulterior, e o respectivo benefício deverá talvez ser descontado.

Considerando a ideia de uma capacidade de trabalho elástica, não há benefícios a descontar na contraprestação quando o devedor *meramente antecipa trabalhos* que faria mais tarde se tivesse tido de realizar a prestação impossibilitada. Se, no dia em que devia realizar a prestação que se tornou impossível, o devedor ocupa o tempo com um trabalho que poderia ter feito depois, o seu rendimento com esse trabalho não é descontado na contraprestação.

A ideia de se descontarem os ganhos com ocupações alternativas do devedor, contudo, tem um *efeito muito dissuasor* da celebração de novos contratos. O devedor não tem o menor incentivo para fazer novos contratos, em substituição daquele cujo cumprimento se impossibilitou, quando o lucro com esses contratos será zero, por todo ele dever ser descontado na contraprestação que lhe era ainda devida nos termos do primeiro contrato. A aparente solução legal é, portanto, economicamente ineficiente.

---

<sup>9</sup> Cf. a referência a estes casos em M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito de Prestação*, 246-248 (embora a propósito da estatuição do art. 1229.<sup>o</sup>).

Quando o devedor tenha *recusado* fazer uma ocupação substitutiva, em termos lucrativos, da sua capacidade de prestar, apesar da oportunidade surgida, não chega a existir o benefício cuja dedução seja imposta. A letra da lei apoia, nestas hipóteses, a subsistência do direito integral à contraprestação (apenas com dedução de custos economizados, se os houver), distanciando-se da redacção proposta por Vaz Serra<sup>10</sup>. No entanto, seguindo a ideia de descontar todos os lucros alternativos, parece dever aceitar-se a dedução de uma receita que não chegou a ser obtida por o devedor se ter recusado a aplicar a sua capacidade quando era *exigível* que o fizesse. A boa fé pode impor esse aproveitamento alternativo, quando o sacrifício que reclame do devedor seja manifestamente inferior ao prejuízo que evita. Se, ainda assim, não o fizer, a exigência do direito à contraprestação sem deduções será contrária à boa fé (art. 762.º/2). Pelo contrário, da boa fé não resulta o dever de procurar activamente alternativas à aplicação da capacidade de prestar que foi libertada.

A dedução de custos e de certas receitas à contraprestação devida em caso de impossibilidade imputável ao credor ou desistência da prestação é uma solução intuitivamente acertada. O devedor não pode ver a sua condição de credor da contraprestação prejudicada, mas também não deve ser avantajado pelo acto ou decisão do credor. Surpreendentemente, estes descontos não são previstos de forma expressa da CVI,<sup>11</sup> que em vez de um não cumprimento imputável ao respetivo *credor* se refere a uma falha de cumprimento causado pela *parte* que poderia nela fundar certos direitos. O art. 80.º CVI limita-se à estatuição vaga de que uma das partes *não pode alegar* o incumprimento da outra na medida em que este tenha sido causado por um acto ou omissão da primeira. Aí se inclui não poder resolver o contrato, permanecendo vinculada mesmo quando já não pode exigir nada da outra. No entanto, alguma doutrina, atenta ao problema, tem defendido a possibilidade de o comprador que impediu o vendedor de cumprir deduzir do preço os custos que o vendedor tenha economizado com a exoneração<sup>12</sup>. Nos Princípios Unidroit repete-se a mesma estatuição indiferenciada para a acção ou omissão do «credor»: o art. 7.1.2 PUC determina que uma parte *não possa invocar* o não cumprimento da outra na medida em que esse tenha sido causado por acto ou omissão da primeira ou «por outro evento pelo qual esta suporte o risco». Nos comentários ao preceito, destaca-se que, mais do que tornar o incumprimento não imputável ao devedor, a «interferência da outra parte» faz com que um não cumprimento *perca a qualidade de não cumprimento*, acrescentando-se, a título de exemplo, que não é possível resolver o contrato em consequência. Assim,

<sup>10</sup> Cf. o art. 9.º/4, que contemplava a dedução daquilo que o devedor dolosamente deixou de adquirir (Vaz Serra, «Mora do Credor», 30).

<sup>11</sup> A Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

<sup>12</sup> Cf. Schlechtriem/Schwenzer/I. Schwenzler, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 5.ª ed., Oxford University, 2022, anot. ao art. 80.º, pp. 1398-1401, e MünchKomm (5.ª ed., 2008)/P. Huber, art. 80.º, p. 8.

a impossibilitação da prestação pelo credor dará ao devedor o direito à contraprestação integral mesmo tendo este poupado todos os custos. O mesmo parece valer ainda no art. III. 3:101 (3) DCFR: o credor não pode recorrer a nenhum meio de tutela na medida em que tenha causado o incumprimento do devedor. Mas não parece impossível uma interpretação restritiva destes preceitos como a que tem sido feita a propósito da CVI. Voltamos a estas regras a propósito da matéria dos casos perplexos.

## Reticências

É claro, todavia, que a ideia de pagar por aquilo que não se recebe suscita algumas reticências, e a primeira dessas reticências situa-se no plano factual das *práticas contratuais*. São comuns os contratos, nalgumas áreas, que incluem *cláusulas de cancelamento*, permitindo à parte credora de uma prestação não pecuniária desistir da prestação sem ficar obrigada à contraprestação, desde que o faça com alguma antecedência. P. ex., não é raro que quem marca um quarto de hotel possa contratualmente «cancelar a reserva» até uns dias antes, e o mesmo vale, *mutatis mutandis*, para consultas médicas, sessões de ginásio, aulas avulso, mesas de restaurante e tudo o mais. Noutros casos, os contratos estabelecem reduções na contraprestação em caso de desistência com antecedência significativa. P. ex., nas convenções de arbitragem estabelece-se não raramente que os árbitros têm os honorários reduzidos se as partes transigirem, pondo fim ao litígio (arts. 1248.º ss.) antes da decisão final.<sup>13</sup> Nos mútuos bancários, a regra do art. 1147.º é frequentemente afastada em substituição de uma mera «penalização», de valor muito inferior, pela restituição antecipada.

Nos contratos do dia-a-dia, de pequeno valor, a ideia de que o credor da prestação não pecuniária pode desistir sem ficar obrigado à contraprestação vai mais ou menos implícita, sendo reconhecida pelos sujeitos jurídicos sem estipulação prévia nesse sentido. Se tenho uma «marcação» para o meu carro na oficina (*i.e.*, um contrato de empreitada), mas telefono na antevéspera a dizer que, afinal, tenho de «desmarcar», os meus «mecânicos» não me exigem que pague coisa nenhuma.

Isto, é claro, são práticas contratuais em âmbitos restritos, não afastam por si os princípios do direito da obrigação, mas não deixam ser significativas da importância social do princípio do sinalagma, atenuando ao mesmo tempo o *pacta sunt servanda*. Ao mesmo tempo, o significado das práticas contratuais com cláusulas de cancelamento, com ou sem exigência de pré-aviso, não deve ser exagerado, porque elas podem ser meras *opções comerciais* das empresas com vista à maior captação de clientes,

---

<sup>13</sup> Cf. também, p. ex., o art. 51.º/5 do Regulamento de Arbitragem de 2021 do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa.

não tendo afinal o alcance de demonstrar uma preferência pelo princípio do sinalagma sobre o *pacta sunt servanda*.

Em todo o caso, as cláusulas de cancelamento – cláusulas contratuais que concedem o direito de desistência com desaparecimento da contraprestação – são perfeitamente válidas e têm a natureza de cláusulas resolutivas *ad nutum* (art. 432.º/1: «resolução [...] fundada em convenção»). São conformes ao princípio do sinalagma e não diminuem a vinculatividade das obrigações de cada parte dentro do sinalagma: cada parte continua perfeitamente vinculada se não desistir da prestação da contraparte.

O princípio de que o credor desistente se mantém obrigado à contraprestação *não é afectado pelo direito de denúncia em relações de duração ilimitada*. Num mandato oneroso de duração indeterminada para uma generalidade de actos jurídicos, p. ex., o mandante só tem de denunciar com uma antecedência adequada, extinguindo-se a relação sem haver obrigações quanto a períodos posteriores (art. 1172.º/c). No depósito sem prazo, ambas as partes podem desencadear a extinção do contrato (e restituição da coisa; cf. arts. 1192.º, 1194.º e 1201.º). O ónus de denunciar com antecedência adequada é comum (cf. também art. 28.º da Lei da Agência, D.L. 178/86). E o direito potestativo de denunciar estas relações (ou «opor-se à renovação») é um direito de fazer cessar o conjunto da relação (sinalagmática), de modo que, quanto aos períodos posteriores, não sobra nenhuma prestação para ser realizada, nem nenhuma contraprestação para ser paga.<sup>14</sup>

Nos contratos *com um prazo*, mesmo tratando-se de relações duradouras, o direito de «denunciar» ou «revogar» sem fundamento especial, eliminando também a obrigação de contraprestar, situa-se a meio caminho entre a desistência genuína e a denúncia típica. A desistência distingue-se da denúncia, mais heterogénea, por se dirigir primeiro à renúncia ao direito, e não a pôr termo à vinculação do desistente à (contra)prestação, sem prejuízo de poderem ser aplicados descontos<sup>15</sup>. Um direito de pôr termo *ad nutum* a uma relação contratual a prazo e com o efeito de exoneração

<sup>14</sup> O despedimento por «extinção do posto de trabalho» (arts. 368.º ss. CT) respeita a casos em que o credor da prestação de trabalho (o empregador) não precisa da prestação do trabalhador. Os casos são interessantes para as nossas matérias porque o contrato de trabalho tende a dar ao trabalhador uma protecção maior do que aquilo que lhe resultaria do direito civil. Ora, se, mesmo assim, a lei admite despedimentos nessas circunstâncias, dir-se-ia que o desaparecimento do interesse do credor na prestação seria, em princípio, justa causa, mesmo no direito civil (por maioria de razão), para uma desistência da prestação sem obrigação de pagar a contraprestação. Como, contudo, os contratos de trabalho em causa têm duração ilimitada (pelo menos, até à idade de reforma do trabalhador), o argumento de maioria de razão não é tão forte, e a analogia é discutível.

<sup>15</sup> Algo diversamente, Romano Martinez, *Da Cessação*, p. 544, considera a desistência da prestação «assimilável à denúncia» ou «uma situação *sui generis* enquadrável numa das modalidades de denúncia».

da contraprestação não ocupa, no plano funcional, o lugar exacto da desistência pura, mas tem afinidades com ela.

A lei estabelece alguns desses direitos, designadamente quando o afastamento do princípio do sinalagma geraria desproporcionalidade, podendo entrar em jogo outros valores, como o da promoção da concorrência ou um estímulo ao consumo. No arrendamento para habitação, o inquilino pode denunciar o contrato com prazo, respeitando certas antecedências,<sup>16</sup> desde que tenha decorrido «um terço do prazo de duração inicial do contrato ou da sua renovação» (art. 1098.º/3).<sup>17</sup> No crédito bancário a consumidores, o consumidor pode restituir antecipadamente o crédito sem pagar juros ou encargos relativos a períodos posteriores (art. 19.º D.L. 133/2009, para os créditos comuns a consumidores, e art. 23.º D.L. 74-A/2017, para o crédito imobiliário). Estas regras afastam o disposto no art. 1147.º sobre o mútuo, que referimos antes, e são injuntivas.<sup>18</sup>

Outra possibilidade de afastar o pagamento da contraprestação em caso de desistência ocorre, no caso do contrato de depósito, quando haja *justa causa* para a desistência. O art. 1194.º remete-se ao conceito de justa causa, cabendo aí considerações de proporcionalidade que atenuam o princípio do pagamento da contraprestação e que, portanto, reforçam o princípio do sinalagma (não pagar pelo que não é prestado). É admissível transportar esta regra para outros contratos, quando a analogia das situações o justifique. As mesmas considerações de proporcionalidade podem entrar através da cláusula do abuso do direito.

Em todo o caso, devemos reter *o princípio*: o credor que desiste da prestação não fica desobrigado da contraprestação, embora haja restrições práticas e de proporcionalidade ao funcionamento deste princípio. A sua razão de ser é o próprio *pacta sunt servanda*, numa das suas leituras, ou o princípio de que não se podem eliminar direitos de outrem por acto unilateral. A manutenção da contraprestação, no entanto, contraria o princípio do sinalagma. As cláusulas de cancelamento dão o direito potestativo de eliminar o direito que o devedor tem à contraprestação se realizar a prestação, e afastam esta manifestação do *pacta sunt servanda*. Não são de excluir outras restrições ao princípio, a favor do sinalagma e com apoio na boa fé, como veremos a seguir.

<sup>16</sup> A denúncia só pode produzir efeitos passado um certo tempo desde que é feita. Cf. o referido art. 1098.º/3.

<sup>17</sup> Pode questionar-se é a razoabilidade, para não dizer inconstitucionalidade, de se exigir o decurso desse terço do contrato e, sobretudo, o decurso de um terço de cada renovação. Geram-se desequilíbrios injustificáveis.

<sup>18</sup> Cf. F. Mendes Correia, *Lições de Direito Bancário*, Almedina, 2024, 488-491 e 505-506. Seria de esperar que, fora da tutela reforçada do locatário *habitacional* ou dos *consumidores* bancários, elas tivessem alguma consagração supletiva.

## b) Impossibilidade imputável ao credor

### Impossibilitação intencional

Pode dizer-se que a manutenção da contraprestação em caso de desistência da prestação pelo credor é «logicamente anterior» à solução que consta do 795.º/2. Nos casos de desistência, o devedor deixa de prestar devido a um acto jurídico *intencional* do credor com esse mesmo sentido; compreende-se facilmente que, por princípio, mantenha o direito à contraprestação. O art. 795.º/2 vai além disso, dispondo que o credor se mantém obrigado à contraprestação sempre que a prestação se tenha tornado impossível devido a «culpa» sua. Vale a pena distinguir algumas das hipóteses aqui abrangidas, a primeira das quais se refere à *impossibilitação intencional («dolosa») da prestação*. Esta é essencialmente análoga à desistência da prestação: o credor extingue a vinculação do devedor porque quer, parece imediato que se mantenha por isso obrigado à contraprestação. Na impossibilitação *não intencional*, contudo, o art. 795.º/2 assume outras naturezas, cabendo distinguir os casos de *lesão de bens do devedor* e os que não incluem tal lesão.

### Lesão de bens do devedor

O art. 795.º/2 aplica-se com facilidade em muitos casos de compra e venda ou permuta (sendo a impossibilidade anterior à transferência do risco). Na *venda de coisa específica*, a impossibilidade da prestação é, por regra, a destruição da coisa. Se a destruição se deve a culpa do comprador, o credor da sua entrega, aquele artigo da lei conduz naturalmente a que o comprador pague à mesma o preço acordado. O comprador destruiu a coisa culposamente, mas tinha direito a ela (e a destruí-la depois<sup>19</sup>), cabe-lhe simplesmente pagá-la. Nas palavras do art. 547.º,<sup>20</sup> «considera-se cumprida a obrigação». O art. 795.º/2 tem o efeito de impedir uma aplicação directa ou análoga do art. 566.º/2, sobre a obrigação de indemnizar em dinheiro. Se o preço acordado era baixo atento o valor de mercado da coisa, nem por isso o credor deve pagar mais, visto que tinha direito a haver a coisa por esse preço; se o preço era alto, nem por isso deve pagar menos, pois só por esse

---

<sup>19</sup> Se a compra e venda incluisse uma cláusula que obrigasse o comprador a manter a coisa por algum tempo, o vendedor teria direito a uma indemnização superior ao valor do art. 795.º/2, além de outras formas de tutela.

<sup>20</sup> O art. 547.º dispõe sobre obrigações alternativas, aliás de modo a suscitar inúmeras dúvidas, mas algumas das suas ideias têm sentido geral.

valor podia havê-la, e o devedor tinha direito ao pagamento em troca de se desfazer do bem.<sup>21</sup>

Neste tipo de caso, há culpa, para o efeito do art. 795.º sempre que a conduta do credor tenha ficado abaixo do padrão do *bonus pater familias* (art. 487.º/2). Do ponto de vista teórico, cabe ainda notar que pode tratar-se de *verdadeira culpa*, designadamente se a coisa ainda era propriedade do vendedor (arts. 408.º/2-2.ª ou 409.º), caso em que a intervenção do comprador era ilícita, ou de «*culpa*» apenas num sentido analógico e de simetria, se a intervenção do comprador era já lícita devido à compra. O padrão do *bonus pater* parece valer para ambos os casos. Apesar do art. 795.º/2,<sup>22</sup> o comprador pode ter de indemnizar outros danos, nomeadamente se a obrigação de entrega não estava vencida e o devedor tiraria proveito da coisa no período que decorresse até ao vencimento.

Veremos depois que se justifica a *mesma conclusão* do pagamento integral da contraprestação quando *a esfera jurídica do credor lesa, sem culpa deste*, bens do devedor, impossibilitando assim a prestação.<sup>23</sup> Contudo, o raciocínio é diferente. Só nos casos de culpa segundo o padrão do *bonus pater* há uma imputação de consequências desfavoráveis à liberdade do devedor (a uma sua actuação livre).

Na venda de *coisas genéricas, a extinção de todo o género* pertencente ao devedor também faz aplicar o art. 795.º/2, porque a extinção do género é impossibilidade. Também aí «a obrigação se tem por cumprida» (de novo, as palavras do art. 547.º), podendo o devedor, se a escolha lhe couber (cf. art. 539.º), escolher as coisas cuja destruição vale como cumprimento (cf. o paralelo do art. 547.º), e fazer-se indemnizar extracontratualmente pelas restantes. Quer o devedor, quer o credor podem exigir que a «indemnização» por algumas das coisas, na quantidade devida, seja feita nos termos do art. 795.º/2, aproveitando-se de uma eventual diferença entre o preço acordado e o valor relevante para o art. 566.º/2. A determinação das coisas em causa, no entanto, caberá à parte que tinha o poder de escolha. Também são indemnizáveis autonomamente os danos correspondentes aos ganhos que o vendedor teria até ao vencimento da obrigação. Nestes casos, parece que a culpa é sempre em sentido próprio, porque a actuação do credor sobre o género é ilícita.

<sup>21</sup> Bem entendido, o art. 566.º/2 conduziria decerto à mesma solução, mas o art. 795.º/2 atalha caminho. Por outro lado, manter o pagamento no plano contratual pode ter outras consequências práticas, designadamente no plano fiscal.

<sup>22</sup> E do art. 547.º/1.ª.

<sup>23</sup> *Infra*, no ponto 4/d. N. Pinto Oliveira, *Princípios do Direito dos Contratos*, Coimbra Ed., 2011, 453-457, retira daí uma interpretação geral do art. 795.º/2, no sentido de que este dispensaria por regra a culpa. Parece-nos, contudo, intelectualmente útil manter a distinção dos dois tipos de casos (a culpa do credor por oposição aos chamados «casos perplexos»). Cf. a primeira subalínea do ponto 4/c, *infra*.

Na *locação*, a destruição da coisa por culpa do locatário também o obriga a pagar as rendas ou alugueres até ao fim do prazo, conforme o art. 795.º/2. O art. 1040.º/1 confirma-o, na medida em que apenas faculta o não pagamento da totalidade ou parte da renda ou aluguer proporcional ao tempo da privação ou diminuição do gozo da coisa locada se esta não for imputável ao locatário (acrescentando-se ainda que não há fundamento para a redução da renda no caso de a privação ou a diminuição serem imputáveis aos familiares). Contudo, o efeito prático das disposições é diminuído pela necessidade de se avaliarem todos os danos nos termos do art. 566.º/2.<sup>24</sup> P. ex., se havia *outro* contrato de locação, com outro locatário, para vigorar depois de terminado o primeiro, também as rendas ou alugueres do segundo contrato têm de ser tidas em conta.

Num contrato semelhante a um *mútuo oneroso*, celebrado antes da entrega das coisas pelo «mutuante», que estava, portanto, obrigado a essa entrega, a destruição de todo o género por culpa do «mutuário» também justifica a aplicação do art. 795.º/2 quanto aos juros, e na verdade também obriga a uma restituição do suposto capital no prazo acordado. Contudo, estas soluções dissolvem-se na consideração geral do art. 566.º/2.

Em todas estas situações, há uma lesão de bens do devedor pelo credor, e a lesão inclui *o sacrifício do bem que o devedor deveria sacrificar* para cumprir o contrato, de modo que a aplicação do art. 795.º/2 respeita um elemento importante do sinalagma: o credor não recebe aquilo que devia receber, mas o devedor sofre a perda que devia sofrer para ter direito à contraprestação. Esta perda não basta para preencher o sinalagma, mas aproxima-se dele quanto àquilo que o devedor tinha de suportar. Tendo havido culpa do credor, não há dúvida de que este deve realizar a contraprestação.

A ideia vale para prestações de facto, e não só para as prestações de coisa dos exemplos anteriores. Se, numa *obrigação de prestação infungível*, o credor causa ao devedor um dano de saúde que o impossibilita de cumprir, a contraprestação tem de ser paga também, segundo o art. 795.º/2, embora o art. 566.º/2 enquadre genericamente a solução. Na verdade, a lesão é aqui muito maior e não comparável ao sacrifício de tempo e suor que o devedor teria de fazer para cumprir, mas inclui a capacidade para dispor desse «tempo e suor» nos actos de cumprimento. A justificação da aplicabilidade do art. 795.º/2 é fácil em substância.

A aplicação literal e substancial do 795.º/2 à lesão de bens do devedor que impossibilite a prestação *não* exige que os bens sejam do devedor *ao tempo da lesão*.

---

<sup>24</sup> O art. 1044.º diz que o locatário «responde», valendo as regras gerais.

Na venda de coisa específica, p. ex., a propriedade podia já se ter transferido (sem transferência do risco) para o credor, mas a impossibilitação pela destruição continua a sacrificar o bem de que o devedor teria de dispor para cumprir o contrato.

### Lesão de bens do devedor sem impossibilidade

Apesar de o art. 795.º/2 só regular casos de impossibilidade, o seu princípio vale para perturbações, com lesão de bens do devedor, que não provoquem impossibilidade. Se, numa obrigação genérica, o credor extingue culposamente *parte do género* pertencente ao devedor, tendo este o direito de cumprir com essa parte do género, o devedor pode optar por considerar a obrigação cumprida, recebendo a contraprestação, com prejuízo do *genus nunquam perit* (art. 540.º). A solução decorre do art. 795.º/2 e da inevitável analogia com o art. 547.º (sobre alternativas). O devedor também pode, no entanto, escolher uma indemnização segundo o art. 566.º, prestando com as coisas que restaram no género. O devedor fará a escolha de entregar o que sobrou quando as coisas perdidas fossem particularmente valiosas. Também aqui devemos alertar para casos em que o credor deve sofrer consequências desfavoráveis mesmo sem culpa, quando é a sua esfera que provoca a lesão, nas situações dos casos perplexos, que estudamos a seguir. Mas pelo menos a escolha do devedor pela indemnização depende de culpa no sentido de falta de cuidado, segundo o critério do *bonus pater*.

Numa *prestação de facto fungível*, o devedor incapacitado para cumprir pessoalmente também pode optar entre enviar um terceiro, nos termos do art. 767.º, e ser indemnizado nos termos gerais, ou considerar a prestação cumprida, recebendo a contraprestação, sem prejuízo de outros aspectos indemnizatórios e salvo alguma hipótese de abuso. O princípio é o mesmo do caso anterior e do art. 547.º.

Se a culpa do credor não destruir bens do devedor, mas provocar a sua *perda recuperável*, com custos acrescidos, também é aplicável o princípio do art. 795.º/2. Assim, se, p. ex., a coisa vendida é furtada devido a negligência do credor, reaparecendo numa cidade a 300 km dali, também a obrigação se considera cumprida, tendo o devedor direito à contraprestação, e cabendo ao credor suportar os custos da sua recuperação se assim quiser.

Do art. 1040.º/1, a que já nos referimos, resulta a regra implícita de que a *privação* ou a *diminuição* da coisa locada imputável ao locatário mantém o direito do locador à renda ou ao aluguer. É de notar que a solução vale fora do quadro da impossibilidade da prestação, aplicando-se a uma *atribuição não obrigacional* (correspondente ao direito do locatário) e a todas as variedades de uma sua perturbação. Nestes casos, o locador também não tem a obrigação de eliminar o defeito ou vício que seja da «responsabilidade» do locatário (art. 1033.º/c).

É curioso ver que o princípio geral do art. 795.º/2, no que respeita a perturbações da prestação por lesão de bens do devedor, conduz aos mesmos efeitos que a transferência do risco tem nas prestações de coisa: a obrigação *considera-se cumprida* na medida da perturbação (salvo quando haja razões para o devedor optar por outra solução com base legal).<sup>25</sup> E veremos ainda (no ponto 4/d) que, com um fundamento diferente do art. 795.º/2, não é sequer necessário que haja intenção ou falta de cuidado do credor, bastando que seja a sua esfera jurídica a causar a perturbação.

### Impossibilitação sem lesão de bens do devedor

É mais difícil decidir perante o art. 795.º/2 quando a impossibilidade com culpa do credor não resulta da lesão de bens *do devedor*, mas sim da lesão de bens ou da pessoa do credor, ou não ocorre lesão de bens nenhuns. A solução literal do art. 795.º/2 é por vezes contra-intuitiva. P. ex.:

Uma maravilhosa cantora lírica russa obriga-se a uma actuação em Portugal por 500 mil euros. O credor engana-se a preencher documentos para o visto, complexos devido às sanções ao regime russo actual, de modo que a devedora fica impedida de vir. O resto da sua vida profissional não se altera, *nem devido à celebração* do contrato, *nem devido à frustração* por impossibilidade,<sup>26</sup> e a devedora não tem custos nem (outras) perdas de rendimento. Parece duvidoso ou excessivo, para algumas sensibilidades jurídicas, que o credor deva pagar a contraprestação ainda assim, como talvez decorra da letra do art. 795.º/2. O caso não muda se se tratar de 1000 euros, e não 500 000.

António contrata Bento para pintar a sua casa daqui a um mês, por certo valor. Por erro de António ao guardar roupa perto da lareira, a casa é hoje destruída num incêndio. A restante vida profissional e não profissional de Bento também não é afectada. Aqui, uma intuição forte vai contra a existência da obrigação de António pagar a pintura que Bento não realizará, como parece decorrer da letra do art. 795.º/2.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Para a conceptualização geral da transferência do risco, cf. P. Múrias/M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, «Prestações de Coisa: Transferência do Risco e Obrigações de *Reddere*», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 23, 2008, 3-16 (= *Os Três Problemas*, cit., 63-85). Num texto ainda inédito com F. Mendes Correia, desenvolvemos ligeiramente as questões do conceito e do âmbito da transferência do risco, avançando depois na exposição das suas regras. Cf. uma versão provisória em <<https://muriasjuridico.weebly.com/uploads/1/4/6/1/146133835/etransf-do-risco-2024-11-28.pdf>>.

<sup>26</sup> Em rigor, talvez não se trate de impossibilidade, mas de contrariedade à lei, mas para o caso é indiferente.

<sup>27</sup> Sobre as teses de que, neste caso, «não há impossibilidade», cf. *infra*, a respeito dos casos perplexos.

Há significativas intuições de justiça contra a obrigação de pagar a contraprestação nestes casos. Essas intuições acolhem o princípio do sinalagma – «não se paga por aquilo que não se recebe» – apesar da culpa do credor. As intuições mudam, no entanto, se o devedor (a cantora lírica, o pintor) tiver custos, designadamente se perder negócios alternativos, devido ao negócio impossibilitado. Esses custos, no entanto, podem ser atendidos num tipo de raciocínio diferente do do art. 795.º/2 e próprio da matéria dos casos perplexos. Não é indefensável, portanto, que a culpa do credor na impossibilidade, quando não acompanhe a lesão de bens do devedor, não deva ser incluída no art. 795.º/2, mas sim nos ditos casos perplexos. Nessa interpretação, o art. 795.º/2 só incluiria a culpa enquadrada *na lesão de bens que são ou eram do devedor*.

A apoiar esta leitura semi-restritiva do art. 795.º/2 vão as reticências sociais e legais que o afastamento do princípio do sinalagma suscita mesmo nos casos de desistência *ad nutum* da prestação pelo credor. Se o afastamento do princípio do sinalagma é duvidoso quando o credor desiste livremente da prestação, mais reticências se justificam quando a prestação deixa de ser realizada apenas devido a um lapso seu (a negligência). Aliás, há (ou pode haver) uma continuidade entre a desistência e a impossibilitação negligente ou com dolo eventual. Suponha-se que o organizador do espectáculo, percebendo que o recital pode não ter sucesso e que talvez seja melhor desistir a tempo de evitar uma parte do custos, *não* actualiza esse receio no seu espírito e simplesmente vai atrasando as tarefas ligadas à viagem da cantora. A partir de certa data já não é possível obter o visto.

O caso da cantora lírica russa impedida de vir a Portugal pode ser usado para acrescentar argumentos contra uma interpretação ampla do art. 795.º/2. Uma linha argumentativa é que o princípio do sinalagma não tem apenas a leitura da interdependência «formal» das atribuições, mas também uma ideia material ou económica de «troca». Nesta perspectiva, o custo sofrido pelo credor, *ceteris paribus*, deve corresponder a um custo sofrido pelo devedor, e o enriquecimento do devedor (com causa) à custa do credor (devedor da contraprestação) deve corresponder a um enriquecimento do credor à custa do devedor (sempre enriquecimento com causa). No caso da cantora, a interpretação ampla do art. 795.º/2 criaria um custo ao credor sem custos dela, e criaria um enriquecimento dela sem enriquecimento dele à custa dela, como se tinha contratado. Em ambos os casos, sugere-se a desproporcionalidade.

O caso da cantora também impõe que se considere a possibilidade de outros enquadramentos legais atenuarem as perdas de parte a parte. Quer com base no art. 437.º («alteração das circunstâncias»), quer com base no art. 239.º («integração do negócio»), são possíveis soluções intermédias que se adequem melhor à proporcionalidade no negócio, com o respeito possível da vontade das partes. Assim, seria hoje possível uma

actuação em directo e exclusiva da cantora, feita na Rússia e dirigida apenas aos espectadores a quem o credor destinava a actuação, com ou sem adaptação do preço da actuação. Também aqui se dá valor ao lado material ou económico do princípio do sinalagma.

Talvez ainda haja um argumento a favor da interpretação semi-restritiva do art. 795.º/2 decorrente do art. 275.º/2, sobre a provocação ou impedimento da condição negocial contra as regras da boa fé. Nas situações aí abrangidas, todo um negócio está sujeito a uma condição, incluindo os dois lados do sinalagma se o negócio for sinalagmático. Quando, p. ex., a condição suspensiva é impedida pela parte a quem prejudica, a lei considera o negócio em vigor se o impedimento tiver ocorrido *contra as regras da boa fé*, e não sempre que ele decorra de falta de cuidado (negligência). Ora, o sinalagma tem uma semelhança com a condição, porque, nas relações sinalagmáticas, cada uma das partes só está obrigada *se* a contraparte cumprir.<sup>28</sup> O argumento, ainda assim, certamente não resolve por si as questões.

Na perspectiva do art. 275.º/2, e por maioria de razão, não basta qualquer intervenção descuidada do credor para se gerar o efeito anti-sinalagmático e desequilibrado de uma parte ter de cumprir sem a outra fazer seja o que for. A interpretação do art. 795.º/2, quando não há lesão de bens do devedor, em harmonia com o 275.º/2 afasta daquele artigo os casos em que a culpa é apenas uma falta de cuidado sem qualificações especiais. *Só contam para o 795.º/2*, nesta linha de pensamento, *os casos em que a culpa do credor seja contrária aos princípios da boa fé*, ou seja, ao conjunto do sistema em vista dos interesses, das preferências e das expectativas das partes, e tendo em conta o efeito de se extinguir a contraprestação segundo o art. 795.º/1.

O argumento parece de maioria de razão (*a fortiori*), e não de analogia simples, porque é menos grave pôr em vigor um negócio na sua estrutura total, querida pelas partes, do que obrigar apenas uma das partes, ao arrepio da estrutura contratada, sem ganhos seus nem custos da contraparte. Mas há alguma analogia, porque, tal como as partes num negócio condicional não se obrigam por regra a possibilitar a verificação (ou não verificação) da condição, também o credor não se obriga a possibilitar a prestação pelo devedor. O credor obriga-se à contraprestação.

No entanto, talvez a contrariedade à boa fé no art. 275.º/2 tenha outro sentido. Mesmo mantendo-nos nos casos, mais próximos do art. 795.º/2, de impedimento da condição pela parte a quem ela prejudica, a referência à boa fé, em substituição da culpa, pode ser um modo de ajustar o efeito do art. 275.º/2 à multiplicidade das coisas a que as partes podem dar a natureza de condição. O conceito indeterminado é capaz de lidar com essa heterogeneidade, inclusive como auxiliar da interpretação do contrato

---

<sup>28</sup> Cf. M.<sup>a</sup> L. Pereira / P. Múrias, «Conceito e Extensão», cit., 408-418 (= Os Três Problemas, 38-49).

(da cláusula condicional), para determinar que tipo de impedimento ou provocação pela parte a quem a condição prejudica ou beneficia (respetivamente) deve privá-la da vantagem associada à não verificação ou verificação. Num exemplo clássico, se, por exemplo, alguém passa a receber uma renda mensal se tiver filhos, há contrariedade à boa fé se adoptar uma criança só para essa finalidade (e sem querer criar laços com ela), mas já não se adoptar uma criança por ter descoberto que era estéril. Noutra perspectiva, a filiação adoptiva *só preenche o evento condicional* em certos termos.

A melhor linha de argumentação passa por enfrentar a dificuldade de fundamentar o art. 795.º/2, com uma dificuldade prática acrescida nos casos em que o credor não lesa bens do devedor. De acordo com o conteúdo da generalidade dos contratos, o credor *não tem o dever de possibilitar* a prestação, ou mesmo de não a impedir, não tem sequer um «subdever», no sentido que veremos no capítulo seguinte, com esse alcance. Não é fácil, portanto, configurar uma «culpa» sua suficientemente relacionada com o contrato. E, quanto à contraprestação, o credor só está obrigado *se* o devedor cumprir, e *para* que cumpra, conforme a estrutura sinalagmática, de modo que a excepção do art. 795.º/2 precisa de uma boa justificação. As reticências que antes identificámos sublinham-no bastante.

Se pretendemos reconhecer algo semelhante a tal dever do credor para justificar o art. 795.º/2, e visto que o «dever» não se encontra no conteúdo do contrato (ou fonte equivalente), ele tem de ser reconduzido a um *desenvolvimento*, a um acréscimo a esse conteúdo, a um desenvolvimento, portanto, do *pacta sunt servanda*. Como dissemos, trata-se do sentido do *pacta sunt servanda* que impede as partes de «saírem» do contrato a seu bel-prazer e as sujeita à necessidade do «mútuo consentimento dos contraentes» para a desvinculação (art. 406.º/1). É um princípio legal indiscutível, mas, na questão em vista, o seu sentido ultrapassa a simples ideia de que os contratos *vinculam nos seus termos*. O credor, formalmente, só se vincula na medida em que o devedor cumpra, coisa que não ocorre nos casos do art. 795.º/2. Assim, este aspecto do *pacta sunt* não é forçoso no conteúdo de um contrato sinalagmático e não consta efectivamente do conteúdo de muitos deles. Enquanto desenvolvimento desse conteúdo, o seu fundamento de justiça comutativa tem de ser uma ideia semelhante às da boa fé, às de materialidade: trata-se de impedir a «contradição valorativa» de se celebrar um contrato e, sem cláusula nesse sentido, querer extingui-lo *ad nutum*, ainda que pelo caminho ínvio da impossibilitação da prestação.

Nesta perspectiva, a «culpa» do credor para o efeito do art. 795.º/2 aproxima-se efectivamente de uma actuação contrária à boa fé. Renasce então o paralelo

com o art. 275.º/2.<sup>29</sup> Em caso de impossibilidade, o credor, quando não lesa bens do devedor, não fica vinculado à contraprestação segundo a ideia comum de negligência, mas apenas quando o seu comportamento é injustificável, e o desaparecimento da contraprestação criaria uma contradição com o conjunto do sistema jurídico. Quanto aos casos em que se lesam bens, *lato sensu*, do devedor, vê-los-emos melhor a propósito dos casos perplexos.

Podemos pensar que, *mesmo nos casos de desistência da prestação* ou de impossibilitação intencional pelo credor, não há obrigação de pagar a contraprestação quando a sua actuação está de acordo com a boa fé ou com padrões normais de razoabilidade. Suponha-se que António contrata Bento para apanhar-lhe o cavalo que fugiu, devendo Bento vir mais tarde. Pouco depois, no entanto, o cavalo entra no curral para comer um tufo de serralhas apetitosas que ali se encontravam, e António só tem de fechar a entrada para ele não fugir outra vez. António fecha, e avisa Bento de imediato. O comportamento de António parece constituir uma poupança justificável, não sendo exigível que ele fizesse o contrário para manter a relação com Bento. O *pacta sunt servanda* não exige tanto. Dir-se-ia que, ressalvando hipóteses de Bento ter custos atendíveis ou ter começado o trabalho, António não está obrigado a remunerá-lo nos termos acordados. Bento perde o rendimento, mas também poupa o trabalho.

### 3. Mora do credor

#### a) Ideia geral

Dentro das perturbações do cumprimento devidas ao credor, tem destaque legal e tradicional a mora do credor (arts. 813.º a 816.º), por vezes designada em latim como *mora creditoris* ou *mora accipiendi*. A ideia de base é simples e intuitiva, consistindo em que, se o credor provocar um atraso no cumprimento, o devedor não pode ter custos ou riscos acrescidos por causa disso. O atraso não pode fazer aumentar as suas obrigações, nem pode fazer aumentar os custos de cumprir a obrigação atrasada, nem pode aumentar-lhe o risco de não receber a

---

<sup>29</sup> Este porventura reconduzível ao tópico do *tu quoque*, no abuso do direito, sem que assim costume fazer-se quanto ao 795.º/2 (e seus equivalentes estrangeiros) na tradição de G. Teubner, *Gegenseitige Vertragsuntreue. Rechtsprechung und Dogmatik zum Ausschluss von Rechten nach eigenem Vertragsbruch*, Mohr Siebeck, 1975, 1-10 e 37-51. Cf. tb. A. Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé*, cit., pp. 837-847, mas, por outro lado, a invocação de temas da boa fé por Reimer Schmidt e V. Emmerich, como citados por C. Monteiro Pires, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, 2017, 660-661.

contraprestação por impossibilidade da sua prestação. Dir-se-á a título introdutório que um «atraso provocado pelo credor» é aquele em que o credor não presta alguma colaboração «necessária» ao cumprimento, não presta a sua colaboração «devida», sem ter para isso um «motivo justificado» (art. 813.º). A lei não fala de «culpa» a este respeito. A mora do credor só tem aplicação, em princípio, nas obrigações cujo cumprimento depende de colaboração sua. Entre a colaboração que cabe ao credor encontra-se a «aceitação» da prestação, quando for caso disso, referida à parte no art. 813.º.

A lei discrimina consequências da mora do credor nos arts. 814.º a 816.º. A mais simples é que, tratando-se de uma obrigação que produza juros (designadamente, uma obrigação pecuniária), eles deixam de se «vencer»<sup>30</sup> – isto é, de se gerar pelo decurso do tempo (art. 814.º/2). A seguir, o risco, nas prestações de coisa, transfere-se sempre para o credor com a sua mora (arts. 815.º/2 e 541.º quanto às obrigações genéricas). Nas relações sinalagmáticas, a impossibilidade da prestação posterior à *mora creditoris*, seja total ou parcial, bem como o surgimento de um defeito da prestação ou uma perda de qualidade de uma coisa a prestar, não desonera o credor da contraprestação (art. 815.º/2), com um efeito idêntico ao do art. 795.º/2. Tendo o devedor despesas devido à mora do credor, este deve suportá-las, pelo menos aquelas que o devedor «seja obrigado a fazer com o oferecimento infrutífero da prestação e a guarda e conservação do respectivo objecto» (art. 816.º). Naturalmente, o devedor é que não está obrigado a indemnizar pelo atraso: se o atraso é do credor, então não é imputável ao devedor, e portanto este não está em mora, segundo o art. 804.º/2, não sofrendo as consequências do art. 804.º/1.

Para a matéria da mora do credor, impõe-se recordar uma regra sobre o *tempo da prestação*. Nas obrigações solúveis («pagáveis»), ou seja, nas obrigações puras e nas que têm prazo apenas em benefício do devedor, este «pode a todo o tempo exonerar-se» cumprindo (art. 777.º/1). Logo, dispondo-se o devedor a cumprir, *oferecendo* a prestação, o credor entra em mora se impedir o cumprimento nesse momento sem justificação suficiente. A mora do credor desenvolve ou, pelo menos, pressupõe esta regra sobre o tempo do cumprimento.

A *autonomia privada* delimita a mora do credor, como ainda havemos de insistir. As partes podem, designadamente, estabelecer no contrato um prazo em benefício do credor, que impede a sua mora enquanto não chegar ao fim ou o credor renunciar a ele. Pelo lado oposto, qualquer acto de colaboração do credor

---

<sup>30</sup> A lei frequentemente se refere à constituição ou ao aumento dos juros pelo decurso do tempo como o seu «vencimento». Nesses casos, esta expressão não indica o momento em que os juros devem ser pagos, como no sentido rigoroso de «vencimento».

é «devido» – entre aspas – se as partes tiverem estipulado isso mesmo (art. 405.º/1). A necessidade de colaboração do credor pode resultar, como esclareceremos a propósito do texto do art. 813.º, da natureza da prestação. P. ex., o barbeiro não consegue cortar o cabelo do cliente se este desaparecer, e o devedor de dinheiro, ou de outra prestação de coisa, não consegue entregar o devido se não souber do credor, nem onde é o seu domicílio, nem um número de identificação bancária sua. Mas o princípio fundamental é que a colaboração do credor é «devida» conforme aquilo que se estabeleça no contrato, com os elementos contextuais que relevarem (art. 236.º). Se, p. ex., numa empreitada para trabalhos num imóvel, se convencionou que o dono da obra fornecerá água e electricidade, então um atraso por falta de água ou electricidade constitui, em princípio, mora do credor. Se se tivesse convencionado que cabia ao empreiteiro obter a água e a electricidade, então o correspondente atraso na obra constituiria, também em princípio, mora do devedor.

Quando a prestação deva ser *realizada nas coisas do credor ou na sua pessoa*, um aspecto decisivo da sua colaboração é o de *permitir* ao devedor o acesso a essas coisas ou pessoa, o de dar-lhe licença para agir sobre elas. Se certo trabalho deve ser realizado no jardim ou dentro de casa do credor, ou nas instalações da sua empresa, o devedor não pode lá entrar sem consentimento, mesmo que lhe fosse factualmente possível fazê-lo. Não dando o credor o consentimento na altura própria, entra em mora. A colaboração do credor também pode ser «devida» por força da *boa fé*, no seu papel normal de complemento do acordado pelas partes (art. 762.º/2).

As regras sobre o lugar da prestação têm impacto na mora do credor. Se o lugar de cumprimento é o domicílio do devedor, a sua residência, o seu lugar de trabalho ou de administração (numa empresa), ou as suas instalações, então, quando o acto final de cumprimento dependa da colaboração do credor – p. ex., para receber o dinheiro ou outra coisa –, este tem de deslocar-se a esse lugar para haver cumprimento, por si ou através de outra pessoa que possa receber a prestação, suportando os eventuais custos da deslocação. Depois de o devedor oferecer a prestação declarando-se e estando efectivamente em condições para cumprir, a falta da deslocação gera mora do credor. Como é lógico, o credor tem sempre de se deslocar ao lugar do cumprimento para receber a prestação, quando lá não esteja à partida, mas os casos anteriores são os que tornam mais evidente a necessidade de uma deslocação. Se, pelo contrário, o devedor pretender cumprir no seu domicílio quando o lugar do cumprimento devido é o do credor (*v.g.*, nos casos do art. 774.º), este não entra em mora por não aceitar ir aonde o devedor quer (o devedor, sim, poderá entrar em mora nesse caso).

O «*motivo justificado*» básico que livra o credor de entrar em mora se recusar o cumprimento, ou se se recusar a colaborar, é o *cumprimento defeituoso*, melhor

dizendo, é a oferta do cumprimento que seria defeituoso se fosse realizado naquela ocasião. Esse é um motivo justificado, pelo menos quando for possível o cumprimento perfeito.<sup>31</sup> Equivalente é a oferta de parte da prestação que deva ser realizada na íntegra de uma vez só, como é a regra (art. 763.º). Nas prestações infungíveis, o credor tem motivo para recusa se lhe aparecer um terceiro que pretenda «cumprir» (art. 767.º/2), sucedendo o contrário nas fungíveis (art. 768.º/1, que se refere expressamente à mora do credor, com uma excepção no n.º 2). Discutimos depois se há outro tipo de motivo justificado que afaste a mora do credor.

## b) Tentativas de fundamentação

### Resumo introdutório

Quanto à compreensão teórica da mora do credor, trata-se, por um lado, de saber quais os *fundamentos* substanciais da figura, de procurar a justificação das regras dos arts. 813.º ss., para melhor as interpretar e aplicar (*rectius*, para melhor resolver os casos). Por outro lado, é preciso *descrever* bem o que é a mora do credor e a posição jurídica que leva a que ele possa entrar em mora.

Adiantando e simplificando, defendemos aqui as seguintes ideias:

- O devedor *não tem direito a cumprir* (o credor não está vinculado à satisfação do crédito);
- Mas o devedor *tem «direito» a cumprir cedo* e a outras qualificações do cumprimento;
- O «direito» do devedor *não é um verdadeiro direito* e não pode ser exigida a sua satisfação em tribunal;
- Mas, de resto, protege interesses e preferências do devedor com *a mesma força* que os direitos.

A caminho da visão que nos parece melhor, discutimos em sequência a tese de que o devedor teria *direito a cumprir*, a tese de que o credor teria apenas um *ónus de colaborar* e a tese da *autorresponsabilidade* do credor. A tese do direito a cumprir deve ser considerada incorrecta, mas teria grandes capacidades explicativas se não fosse. As restantes são insuficientes como fundamentação ou descrição, ora não abrangendo

---

<sup>31</sup> O credor tem o direito de recusar o cumprimento perfectível, *i.e.*, que pode ser aperfeiçoado de modo a corresponder ao devido. Se o cumprimento é defeituoso mas não é possível o aperfeiçoamento, a recusa ou aceitação correcta será definitiva e não se prende com a mora do credor.

todos os casos, ora descrevendo apenas as consequências de regime sem indicar a sua razão de ser. A nossa proposta é a de que *o devedor tem subdireitos* a qualificações do cumprimento. Os subdireitos podem ser definidos com exactidão e, na sua parecença com os direitos propriamente ditos, explicam a justiça do regime legal.

### A teoria do direito a cumprir

Tem grande tradição, embora sempre minoritária, a *tese de que o devedor tem direito a cumprir*, aparecendo em diversas paragens e épocas. Em Portugal, é de referir um estudo de F. Cunha de Sá de 1973,<sup>32</sup> que invoca diversas consequências da mora do credor para justificá-las à luz da ideia de que o devedor teria um direito a cumprir. A faculdade de consignação em depósito (arts. 841.º ss.) seria uma dessas consequências, visto que, nas prestações de coisa, é efectivamente um direito do devedor e produz, na sua perspectiva, efeitos comparáveis ao cumprimento: *grosso modo*, o devedor, perante a mora da contraparte, pode «cumprir» perante um terceiro especialmente qualificado, para se livrar da guarda da coisa ou do dinheiro devidos, extinguindo assim a sua obrigação.

A favor da tese do direito a cumprir podem invocar-se ainda os argumentos a favor dos subdireitos, que apresentamos depois. Na verdade, *se* o devedor tivesse tal direito, a justificação das regras dos arts. 814.º ss. seria facilitada, segundo os princípios gerais de tutela dos direitos. A existência de um direito a cumprir *seria* dogmaticamente fértil para a justificação do regime da mora do credor. Esse direito, contudo, não existe.

Além da doutrina antiga invocada e adoptada em parte por Cunha de Sá, cabe notar variantes mais recentes da teoria do direito a cumprir, normalmente sob a expressão de que o credor teria o *dever* ou a *obrigação* de possibilitar e aceitar o cumprimento pelo devedor. Como esse suposto «dever» ou «obrigação» do credor é dirigido ao devedor, este teria um correlativo direito ao cumprimento, mesmo quando a palavra «direito» não ocorre nestas teses. Cunha de Sá também defendeu, aliás, que o credor teria, no plano da *mora creditoris*, «deveres judicialmente não exigíveis».

A Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, de 1980, indica diversas «obrigações» do comprador com vista à aceitação da entrega das coisas, e outros documentos internacionais se lhe seguiram na mesma orientação.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> *Direito ao Cumprimento e Direito a Cumprir*, sep. RDES, XX, n.ºs 2-3-4, Almedina, 1997 (1973).

<sup>33</sup> Cf. arts. 53.º e 60.º CVI, e M.ª Lurdes Pereira, «A Obrigação de Recepção das Mercadorias na

Deve ter-se em vista, no entanto, que, ao contrário do que sucede com vários códigos civis, a CVI *não tem a intenção de teorizar* sobre os fundamentos das figuras, recorrendo a expedientes conceptuais próprios para chegar a boas soluções, aceitáveis entre juristas dos cinco continentes, mesmo quando os ditos conceitos se afastam do sentido comum no direito dos diversos países ou do uso que lhes dão autores não jurídicos.<sup>34</sup> Na prática, no âmbito da CVI, pode falar-se de uma «obrigação» do comprador no sentido de aceitar o cumprimento pelo vendedor. Em profundidade, a natureza e justificação da posição do comprador fica tão em aberto como se a Convenção não existisse.

Também nos direitos anglo-americanos já ocorreu, minoritária, a tese do direito a cumprir, podendo destacar-se nesse sentido uma decisão da Câmara dos Lordes inglesa de 1962, muito contestada no seu país e mote de um estudo crítico de M. Lima Rego.<sup>35</sup> Numa perspectiva de teoria geral dos direitos contratuais, com um elemento filosófico, um estudo de 2024 de I. Sakharova também defende que os credores têm «deveres de colaborar» no cumprimento.<sup>36</sup> A ideia de M. Cordeiro de que o credor teria «deveres acessórios»<sup>37</sup> de facilitar o cumprimento segue orientação semelhante.

A tese do direito a cumprir é, contudo, incorrecta, devido a quatro razões importantes. A primeira é que ela se situa *à beira da confusão conceptual*. Devemos reter que, conceptual e logicamente, o *dever de fazer* uma coisa *não implica o direito de fazê-la*, implica, no máximo, a simples liberdade correspondente. Como diria Hohfeld ou os seus seguidores, o dever dirigido, para com uma pessoa, de fazer *x* não implica a liberdade *protegida*, contra essa pessoa, de fazer *x*.<sup>38</sup> Uma coisa é António ter o dever de *x* para com Bento, outra coisa é Bento estar obrigado a ajudar António a *x*, *ou sequer a não o impedir*. Não pode confundir-se um contrato

---

Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias», *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, 2002, 339-392. Cf. tb. o art. III – 1.104 DCFR.

<sup>34</sup> Regra interpretativa fundamental da CVI é a *autonomia da interpretação do seu léxico* (cf. art. 7.º/1), de modo que palavras como «obrigação», «validade», «entrega», «conformidade», etc., só podem ser compreendidas segundo o contexto da própria Convenção, sob pena de subversão do seu sentido. «Obrigação» é o termo que mais nos interessa, e a CVI admite «obrigações» de fazer o impossível, bem como «obrigações» do credor no sentido do cumprimento. Depois, a CVI contém uma grande ressalva a essas «obrigações», dispondo que os tribunais não têm de fazer valer a sua exigência específica quando isso não fosse correcto segundo o seu direito interno (art. 28.º).

<sup>35</sup> M. Lima Rego, *No Right to Perform a Contract?*, supl. *Themis*, Almedina, 2006.

<sup>36</sup> I. Sakharova, «(Mis)Understanding Correlativity in Contractual Relations», *Ratio Juris*, 2024, 48-66.

<sup>37</sup> Posição que aflora nos estudos de A. Menezes Cordeiro, designadamente aquele que citamos a seguir sobre a mora do credor.

<sup>38</sup> Sobre estes conceitos, cf. P. Múrias, *AnAx*, 258, 303-304, 543-544 e 569-570.

em que António dá a Bento o direito de pintar o muro da sua (de António) casa com um contrato em que Bento se obriga a pintá-lo. Evocando uma fábula célebre de Mark Twain, uma coisa é os amigos do Tom Sawyer *pedirem-lhe* que ele os deixe pintar o muro de madeira da sua tia, e até pagarem-lhe por isso; coisa diferente é os amigos *prometerem-lhe* que o pintam, e porventura ele pagar-lhes por isso.<sup>39</sup> A teoria de que o devedor teria o direito de realizar a prestação aproxima-se de confundir a simples liberdade ou permissão necessária ao cumprimento da obrigação com um direito, protegido como são os direitos, no mesmo sentido.

Os defensores desta doutrina podem responder, é certo, que nunca fizeram essa confusão e que não pretendem derivar o direito do devedor numa base lógica ou conceptual. Sendo assim, contudo, faltar-lhes-ia indicar uma base normativa geral – um princípio jurídico, uma finalidade social, uma opção geral dos legisladores... – que pusesse um direito onde as partes apenas deixaram uma obrigação. Se as coisas são conceptualmente autónomas, então a inferência de uma para a outra tem de assentar numa consideração normativa, e numa tão ampla que permitisse dizer, em geral, que «o devedor tem direito a cumprir». Mas não se vê que consideração seria essa.

O que nos leva à razão fundamental por que os devedores, na generalidade dos contratos, não têm o direito a cumprir. O devedor *não tem o direito a cumprir porque as partes não estipularam tal direito*. Os negócios jurídicos são espaços de autonomia, em que as partes têm umas contra as outras os direitos que elas próprias estabelecem. Sendo conceptualmente autónomos o direito do credor ao cumprimento e um suposto direito do devedor a cumprir, este segundo só ocorrerá junto ao primeiro nos contratos em que as partes o estipulem por declaração expressa ou tácita, ou em que haja regra legal específica nesse sentido.

Não basta pensar que um direito do devedor a cumprir «daria imenso jeito» para explicar os arts. 814.º ss., inclusive porque a maioria das regras próprias dos direitos não se aplica à posição do devedor. Este, p. ex., não pode exigir em tribunal, com base nos arts. 2.º/2 CPC ou 817.º que o credor aceite o cumprimento, nem pode pedir uma indemnização, com base no art. 798.º, pela perda de visibilidade no mercado que a desistência do credor lhe causou. O devedor pode exigir apenas que o credor lhe *pague a remuneração* combinada, quando for o caso, e é porque, quanto a essa, o devedor é credor e o credor é devedor, passe o jogo de palavras.

Terceira razão para mantermos que o devedor não tem o direito a cumprir é a necessidade de *distinguirmos* bem a generalidade dos contratos daqueles *casos em*

---

<sup>39</sup> Mark Twain, *As Aventuras de Tom Sawyer*, L. Civilização, 1978, cap. II.

*que efectivamente as partes estipulam ou a lei acrescenta um direito ao cumprimento* na titularidade do devedor. As hipóteses exemplares são das chamadas «prestações no interesse de ambas as partes», como em comuns alienações de entulho, de estrume ou de empresas com valor líquido perto de zero, ou no mandato conferido «no interesse» do mandatário (cf. art. 1170.º/2). Naquelas aquisições de bens de valor dúbio, o adquirente *vincula-se a adquiri-lo* e a levá-lo consigo, e o alienante *vincula-se a aliená-lo e a deixar a contraparte levá-lo*, o que vale com as devidas adaptações para aquele tipo de mandato. Nesses casos, sim, o devedor tem direito ao cumprimento, pela razão decisiva de que fez um acordo que lhe concede expressa ou tacitamente tal direito. Na verdade, a expressão «prestações no interesse de ambas as partes» é incorrecta, devendo ser substituída por «prestações que são *direito* de ambas as partes», recordando que tal direito se constitui segundo as regras gerais, designadamente por estipulação das partes.

Nalguns contratos em especial, a lei consagra um direito ou uma situação jurídica próxima de um direito ao titular da vinculação correspondente. O art. 129.º/1-b do Código do Trabalho proíbe ao empregador «obstar injustificadamente à prestação efectiva de trabalho», o que, não fundando exactamente um direito,<sup>40</sup> dá alguma tutela aos interesses do trabalhador em, p. ex., não perder a prática na sua profissão (interesse de treino), manter-se visível no mercado (interesse de publicidade ou visibilidade) ou até não se sujeitar aos riscos do ócio. No arrendamento urbano, o art. 1072.º do Código Civil comete ao locatário o dever de «usar efectivamente a coisa para o fim contratado, não deixando de a utilizar por mais de um ano», com uma ou outra excepção. Podemos dar de barato que se trata de um dever. Estas regras são justificáveis pela especialidade social do contrato de trabalho e da locação urbana, não se confundem com a generalidade das situações e têm base legal própria.

Também pode haver deveres do credor resultantes de regras gerais não ligadas à qualidade de credor. Nomeadamente, um credor pode ter deveres extracontratuais de remoção de coisas recém-adquiridas que, na verdade, são deveres seus como proprietário, e não como credor. Numa compra e venda com transmissão da propriedade (arts. 879.º/a e 408.º/1), quando esta tem um sentido definitivo, factual e reconhecido pelas partes, o comprador fica sujeito a deveres que impendem sobre

---

<sup>40</sup> Porque assenta essencialmente na ideia de «justificabilidade» da atitude do empregador que obsta ao trabalho do trabalhador. Um «direito» sujeito a uma «cláusula do razoável», ou a uma ressalva de «justificabilidade», é uma figura próxima, mas não é um direito em sentido restrito. Cf. Baptista Machado, «A Cláusula do Razoável», de 1986, Na *Obra Dispersa*, cit., pp. 457-621 (570), e P. Múrias, «Mito e Valor», 386-393, sobre a distinção entre direito compreensivo e direito preempatório.

qualquer proprietário, e não só sobre quem comprou e ainda não recebeu os bens do vendedor. A permanência das coisas compradas nas instalações ou no domicílio do vendedor (devedor da entrega) torna-se então uma «usurpação» ou «uma presença jurídica indevida» no espaço dos direitos de outrem.<sup>41</sup> O comprador-proprietário tem o dever judicialmente exigível de remover as coisas (art. 2.º/2 CPC). Em tais casos, portanto, a mora do credor coincide com a violação de deveres. Estas situações, contudo, são delimitadas, sem significado geral para a teoria da *mora creditoris*

A quarta razão importante para negarmos o suposto direito a cumprir tem natureza ideológica. A ideia de que o devedor teria esse direito contém *dois elementos antiliberais* incompatíveis com o conjunto do direito contratual e com pressupostos constitucionais. Por um lado, a ideia de que o credor estaria vinculado à satisfação dos seus direitos enquadra-se numa visão paternalista que comprime o princípio da disponibilidade dos direitos. Pelo contrário, os credores e restantes titulares de direitos não estão, em princípio, vinculados à sua satisfação, e têm pleno direito de desistir deles ou de impedir a sua satisfação, salvo regra especial.

Por outro lado, a ideia de que os interesses do devedor em cumprir – que, naturalmente, não são raros – seriam suficientes para lhe conceder um direito é incompatível com o pressuposto da liberdade contratual negativa, ou seja, com o princípio de que as pessoas só se vinculam contratualmente àquilo a que derem o seu consentimento. Sem prejuízo de ressalvas gerais como a boa fé, o abuso do direito ou a alteração das circunstâncias, os interesses de cada uma das partes só são tutelados por um direito no âmbito contratual se a parte interessada tiver conseguido negociar e acordar a constituição desse direito. A ideia geral de que o devedor teria direito a cumprir contraria a liberdade contratual negativa do credor.

## Os ónus do credor

Outra é a tentativa de enquadrar a mora do credor reconhecendo que este tem *o ónus de colaborar ou de aceitar o cumprimento* no tempo próprio. Esta tese parte da refutação da tese do direito a cumprir. O devedor não tem o direito a cumprir, e o credor não tem, portanto, o dever de colaborar no cumprimento nem o dever de aceitá-lo. Não tendo deveres, o credor tem, no entanto, ónus (= encargos), que são situações jurídicas desfavoráveis («passivas») e, portanto, têm alguma semelhança com os deveres, mas não são verdadeiros deveres, porque a conduta desconforme

---

<sup>41</sup> Sobre estes conceitos, cf. P. Múrias, «Direito Subjectivo e Responsabilidade Subjectiva. O Exemplo dos Veículos Terrestres», no prelo. Sobre as acções reais em geral, v. N. Andrade Pissarra, *As Acções Reais*, AAFDL, 2021.

com o conteúdo do ónus *não é ilícita*. A ilicitude ocorre na violação de deveres; no não cumprimento dos ónus, pelo contrário, a conduta é lícita, mas o sujeito onerado sofre consequências desfavoráveis ainda assim. Estes ou todos os ónus, segundo alguma doutrina alemã, seriam «deveres de intensidade reduzida» ou «deveres enfraquecidos». <sup>42</sup> No não cumprimento de um ónus, ou dos ónus do credor correspondentes à sua mora, haveria uma «ilicitude imperfeita» ou «indirecta», correspondente a uma intenção do legislador, ou do sistema jurídico, de adoptar «formas indirectas de orientar as condutas das pessoas», sem lhes atribuir deveres. <sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Cf. Larenz, Wolf e Neuner, *Allgemeiner Teil*, 10.<sup>a</sup> ed., 210-211. Tem também especial interesse a relação dos ónus com a matéria da culpa do lesado e ainda com a dos «deveres no interesse do obrigado», que tem reflexos fora do direito civil (designadamente, em direito constitucional). Encontra-se uma exposição dos movimentos da doutrina alemã e italiana sobre os ónus e a «ilicitude imperfeita» em J. C. Brandão Proença, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério da Imputação do Dano Extracontratual*, Almedina, 1997, 495-529, que admite a aplicação da figura do ónus à posição do lesado sujeito aos arts. 570.º ss.

<sup>43</sup> A invocação dos «encargos» (= ónus) como explicação da mora do credor foi defendida por A. Menezes Cordeiro em «Mora do Credor», *Revista de Direito Civil*, vol. IV/1, 2019, 9-45, na sequência de estudos anteriores, e incluída nas edições do seu *Tratado*. Na última página do artigo surge a ideia de «ilicitude imperfeita» ou «indirecta», mas no âmbito da existência de supostos «deveres acessórios» do credor no sentido do cumprimento, o que implica um certo regresso à teoria do direito a cumprir. Menezes Cordeiro faz ainda bastante questão de escrever «encargo» em vez de «ónus», correspondendo à inclinação dos civilistas alemães que adoptaram o neologismo «Obliegenheit» para substituir o mais tradicional «Last» («ónus», mas literalmente «carga» ou «encargo»). Não há razão, no entanto, para adoptar esta especificidade alemã, que decorre de uma evolução caricata na doutrina *processualista* desse país a partir de 1925. Por essa altura, os estudos sobre o *ónus da prova*, e sobretudo a obra marcante de Leo Rosenberg (1.<sup>a</sup> ed. de 1900, a 2.<sup>a</sup> de 1925, 5.<sup>a</sup> de 1965), tinham chegado à conclusão de que o ónus da prova *não é um verdadeiro ónus*, porque as consequências desvantajosas que se associam à falta de prova não decorrem da actividade ou inactividade das partes, mas sim de um mero resultado processual. É assim devido ao princípio da aquisição processual, que entre nós consta do art. 413.º CPC. Em face disso, vários autores propuseram que se deixasse de dizer «ónus da prova», em favor de outra expressão. Rosenberg, desconcertantemente, propôs «ónus da determinação» (*Feststellungslast*), mantendo o termo duvidoso e substituindo aquele que não tinha mal. Faz lembrar a anedota do João Caca, que requereu aos serviços do registo civil a mudança de nome para José Caca, porque não gostava de João. Por estranho que pareça, diversos processualistas seguiram a sugestão de Rosenberg. Confrontados com o pequeno paradoxo da linguagem processualista e com as próprias ambiguidades da palavra «Last», os civilistas decidiram-se por um neologismo que os isentasse de culpas linguísticas. Daí as «Obliegenheiten». Em português, nada disto é necessário. Todos sabemos que o ónus da prova não é um verdadeiro ónus, mas os outros são. A palavra «encargo» é que (tal como o alemão «Last»!) é ambígua, porque tanto pode ser usada como sinónimo de «ónus», quanto como equivalente de «modo», *i.e.*, uma situação jurídica desfavorável aposta a uma doação ou a uma deixa sucessória. «Encargo», aliás, no uso mais comum no Código Civil, designa quaisquer despesas a que um sujeito se veja forçado. Sobre esta evolução da doutrina alemã do ónus da prova, cf. P. Múrias, *Por uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova*, Lex, 2000, 27-28.

Para o nosso interesse de justificar regras como as dos arts. 814.º ss., a afirmação de que a mora do credor corresponde a ónus do credor situa-se na posição oposta à teoria do direito a cumprir. Esta, sendo incorrecta, e por razões profundas, teria o mérito de contribuir para a justificação das normas. A afirmação de que o credor tem ónus, pelo contrário, é evidentemente *correcta* e, na verdade, indiscutida, mas absolutamente *irrelevante* para a justificação das soluções. É verdade que o credor tem ónus, com os reflexos no regime da mora do credor, mas essa é uma verdade vazia para a tarefa de fundamentação. A afirmação dos ónus é uma afirmação de regime, descreve, sem especificar, aquilo que decorre dos arts. 814.º ss.: o credor tem certas desvantagens se não colaborar no cumprimento. Como já sabemos que o credor não tem o dever de colaborar, as desvantagens que a lei lhe impõe constituem para ele o reverso de um ónus. Isso nada nos diz, no entanto, quanto à razão de ser dessas regras, que é aquilo que pretendemos descobrir.

O direito civil funda inúmeros ónus. Estes não perfazem nenhuma unidade dogmática, mas apenas uma pequena constância de regime. O credor, p. ex., tem o *ónus de interpelar* o devedor, nas obrigações puras, para que este entre em mora (do devedor). O devedor, ainda nas obrigações puras, tem o *ónus de oferecer* o cumprimento, para entrar o credor em mora se não o aceitar. Na generalidade das obrigações, o credor confrontado com um cumprimento defeituoso tem o *ónus de denunciar* os defeitos num prazo razoável, para poder beneficiar do regime associado. Em todos os direitos com um prazo para o seu exercício, o titular tem o *ónus de respeitar o prazo*, sob pena de perder o direito. Tudo isto são ónus, mas *não há nada de comum* a estas figuras, para lá do elemento superficial, de mero regime, que consiste em alguém perder ou não adquirir uma vantagem se não praticar certos actos. É verdade que o credor tem ónus correlativos das desvantagens que lhe trazem os arts. 814.º ss., mas isso não nos faz evoluir na sua justificação.

O mesmo se dirá da tese da «ilicitude indirecta» ou «imperfeita», na medida em que se descreva o efeito de as regras da *mora creditoris* poderem orientar o comportamento do credor. Isso não as justifica.

A construção alemã no sentido de os ónus serem «deveres de intensidade reduzida» também não nos é útil na medida em que abranja toda a categoria superficial dos ónus. Não se passa de uma descrição figurativa dos diversificados regimes em causa. Se, pelo contrário, se quisesse dizer, especificamente para a mora do credor, que o devedor tem uma posição jurídica *análoga a um direito subjectivo* – e o credor, uma *análoga a um dever* – isso poderia contribuir para explicar a figura, embora convenha passar das aproximações analógicas ou meramente sugestivas para algo mais preciso. Em todo o caso, as referências a «ilicitude» (ainda

que «atenuada») ou «deveres» (ainda que enfraquecidos) do credor sempre embatem na dificuldade, que veremos a seguir, de a mora do credor poder resultar de um comportamento «indevido» das *coisas* ou dos *direitos* do credor, e não das suas acções. A mora do credor não depende de culpa, não depende de ilicitude e não depende de acções do credor. E só as acções podem ser ilícitas, só elas são objecto intencional de deveres. Logo, não é para esse lado da relação que devemos olhar. A tese dos deveres diminuídos esquece-se de que a estrutura do direito civil é explicada essencialmente *do lado dos direitos*, e não do lado dos deveres. Também nós falaremos frequentemente de «subdeveres», por comodidade de linguagem, mas as justificações encontram-se do lado dos direitos.

### Autorresponsabilidade

A tese de que a mora do credor resulta de um *princípio de autorresponsabilidade* das pessoas é mais apta a fundamentar as soluções práticas, e foi defendida por J. C. Brandão Proença na sequência do seu estudo sobre a culpa do lesado, cujas regras (cf. arts. 570.º ss.) o autor funda no mesmo princípio.<sup>44</sup> A ideia geral é, facilitando nós a linguagem, a ligação entre liberdade e responsabilidade, de modo que cada um é «responsável» pelos seus exercícios de liberdade. Na visão mais exacta do autor, o regime da culpa do lesado acompanha a ideia de justiça segundo a qual são *imputáveis a cada pessoa as consequências patrimoniais de «opções livres»* que se revelem *«desvantajosas para os seus interesses»*. Este ponto de partida é depois desenvolvido no sistema jurídico através de pensamentos como o da responsabilidade pelo risco (como nos arts. 502.º e 503.º), que alarga para lá das opções livres (para lá da «culpa») os critérios de imputação.

Para a mora do credor, a autorresponsabilidade levaria a que o credor suportasse os custos resultantes da sua falta de colaboração. Tal como um lesado não pode impor ao responsável, através da medida da obrigação de indemnizar, um agravamento dos danos gerado pelas suas opções livres, também o credor não poderia impor ao devedor o acréscimo de custos e de riscos resultante da sua livre não aceitação do cumprimento ou não colaboração para o efeito. Daí, em termos gerais, as consequências dos arts. 814.º ss.

---

<sup>44</sup> Cf. Brandão Proença, *Lições de Cumprimento e não Cumprimento das Obrigações*, 3.ª ed., UCP, 265-267, e *A Conduta do Lesado*, cit., 414-423 (com referência à mora do credor nas 666-667, em n.). A tese de Brandão Proença, conforme o autor afirma, surge ao lado de doutrina italiana e alemã, designadamente a posição tomada nalguns escritos de K. Larenz, e apoia-se ainda nalgumas ideias de J. Baptista Machado.

A tentativa de fundar o regime da mora do credor na autorresponsabilidade falha, no entanto, por três ordens de razões, a primeira das quais nasce de uma importante diferença entre a mora do credor e a culpa do lesado. Na mora do credor, as desvantagens (*os danos resultantes das falhas do credor surgem na esfera do devedor*), e são depois transferidas para a esfera do credor, com especial clareza nos termos do art. 816.º, que cria uma pura obrigação de indemnizar. Na culpa do lesado, pelo contrário, as desvantagens (o agravamento dos danos) surgem na esfera do lesado (é ele que sofre os danos), e a consequência do art. 570.º é que essas desvantagens *não são* transferidas para o suposto responsável.<sup>45</sup>

Isto mostra que a mora do credor não é uma variante de um princípio de *autorresponsabilidade*, mas sim, pelo menos para o efeito do art. 816.º, um princípio de responsabilidade de outra natureza. Ora, como princípio de responsabilidade, aquilo que temos nos nossos sistemas jurídicos não é que cada um se responsabilize por quaisquer danos que as suas opções livres causem aos outros, mas sim e apenas que se responsabilize pelos danos livremente causados em desrespeito dos *direitos* dos outros (dos direitos e posições equiparáveis: cf. arts. 483.º, 798.º e 227.º). O problema é que o devedor não tem um direito a cumprir, de modo que não se consegue por aí protegê-lo.

Mas o devedor tem qualquer coisa do género de um direito subjectivo. Veja-se que uma pessoa que *ainda não é credora*, demorando a celebrar certo contrato por pura indecisão ou inépcia, pode causar ao prospectivo devedor os mesmos problemas que lhe causa um verdadeiro credor e que vêm previstos nos arts. 815.º e 816.º. Segundo a teoria da autorresponsabilidade, as indecisões e incompetências do ainda-não-credor são elementos da sua liberdade, e as respectivas consequências desvantajosas deveriam ser suportadas por si. Todavia, a solução da lei e da justiça é manifestamente a contrária. É preciso que se constitua uma obrigação para o devedor ganhar uma posição com semelhanças a um direito subjectivo e, aí sim, a inépcia ou preguiça do credor reverter contra si nos termos daquelas disposições legais.

A segunda linha de razões contra a fundamentação do regime da mora do credor na autorresponsabilidade reside na *convencionalidade dos ónus do credor*, cujo «não cumprimento» desencadeia efeitos jurídicos contra ele. A colaboração «devida» pelo credor resulta, em primeira linha, da autonomia privada e da distribuição de custos que as partes num contrato tenham querido fazer. As partes

---

<sup>45</sup> Cf. M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Direito da Responsabilidade Civil. A Obrigação de Indemnizar*, AAFDL, 2021, 546.

podem acordar que compete ao credor fornecer água e electricidade para uma empreitada, mas também que cabe ao devedor resolver por si essa necessidade, conforme preferirem. O contrato pode deixar ao credor o ónus de se dirigir às instalações do devedor para recolher as coisas vendidas, mas pode, ao invés, impor ao devedor que as entregue no sítio onde o credor vier a estar. Ónus elementares do dia-a-dia das obrigações, como o de receber um pagamento em dinheiro, podem ser eliminados pelas partes, convencionando um pagamento por transferência bancária ou convencionando que o devedor tem apenas de atirar o dinheiro para o jardim da contraparte, confiando que o cão desta afastará ladrões. Os ónus do credor podem ser muito agravados no contrato, exigindo-se, p. ex., que ele apresente documentos (p. ex., um «recibo» para efeitos fiscais) ou preparativos específicos (p. ex., condições de salubridade para receber os animais comprados, ou condições de segurança para receber os trabalhadores do devedor), depois de lhe ser oferecido o cumprimento e como condição para que este efectivamente ocorra.

A necessidade de colaboração do credor pode chegar ao ponto de o trabalho em que a prestação se integra ser realizado a meias por credor e devedor, ou mesmo pelo devedor com auxílio subordinado do credor. Pode uma pessoa ser contratada, p. ex., para carregar a meias com o credor certo objecto pesado (ou realizar com ele qualquer outro tipo de colaboração), ou pode o empreiteiro de um vulgar trabalho de construção civil ter «direito» a que o credor lhe dê serventia como trolha. Nestes casos, *a prestação* continua a ser realizada pelo devedor, mas *o trabalho significativo* é realizado pelos dois, e as falhas nesse trabalho devidas ao credor constituem normalmente mora sua.

Os ónus do credor – os subdireitos do devedor, como melhor dizemos a seguir – são essencialmente produto do contrato, são convencionais. Quando se «atribuem» ao credor certos actos ou certas «competências», o credor fica convencionalmente *onerado*, fica (sub)*vinculado*. Ora, se estas figuras são convencionais, não são produto de um princípio de autorresponsabilidade, mas sim da autonomia privada. A ideia de autorresponsabilidade consiste em atribuir a generalidade das consequências desvantajosas resultantes de opções livres. Na *mora creditoris*, pelo contrário, trata-se de o credor «cumprir» ou não os «quase-deveres» ou «deveres enfraquecidos», as subvinculações que lhe sejam conferidas contratualmente. O único princípio necessário, para a maioria dos casos, é a autonomia privada, porque, *depois* de se identificarem as subvinculações do credor, a ideia de este suportar as consequências negativas resultantes do seu «incumprimento» tem já uma naturalidade que prescinde de um princípio jurídico próprio. *A dificuldade teórica, com reflexos práticos, é a de identificar as situações jurídicas que a autonomia privada cria e que não são direitos do devedor, nem deveres*

do credor, mas sim figuras análogas a direitos e subcategorias substanciais de ónus, capazes de justificar o regime legal. O problema não é identificar um princípio jurídico, mas sim identificar correctamente os subdireitos criados segundo a autonomia privada.

Mesmo no caso dos ónus *legais*, ou seja, que não resultam directamente do contratado, mas de normas supletivas, a ideia de autorresponsabilidade não é suficiente. O caso principal é o das obrigações puras e do «poder» do devedor de oferecer a prestação a qualquer momento, pretendendo a lei dizer com isso, no essencial do art. 777.º/1-2.<sup>a</sup>, que o credor incorre em mora se não receber a prestação no momento escolhido pelo devedor. Não se trata de o credor suportar as desvantagens das suas opções livres, mas sim, pelo contrário, de suportar as desvantagens de uma opção livre *do devedor*. A lei confere um «direito potestativo» – pelo menos, um «poder potestativo» – ao devedor, e o credor sujeita-se às suas consequências. Não vigora aqui um princípio de autorresponsabilidade, caso contrário seria o devedor a suportar os custos e riscos da sua escolha, que pode ser inconveniente para a contraparte.

O terceiro grupo de razões contra a teoria da autorresponsabilidade na mora do credor está num aspecto de regime que veremos melhor a seguir. A ideia de autorresponsabilidade parte da noção de opções livres, da ideia de responsabilidade pelas próprias acções, numa noção análoga à de «culpa» (daí dizer-se «culpa do lesado»), embora aceitando depois outros factores de imputação como os da responsabilidade objectiva por veículos terrestres e animais. A mora do credor, contudo, *não depende de culpa do credor*, nem mesmo de «culpa» num sentido simétrico como pode ocorrer no art. 795.º/2 ou no art. 570.º.<sup>46</sup> Não se trata de a mora do credor consagrar uma «responsabilidade pelo risco» parecida com a dos arts. 502.º ss., ou mesmo 500.º ss., mas sim de toda a esfera jurídica do credor desencadear a aplicação dos arts. 814.º ss. quando conduz à falta da colaboração «devida». Assim, o critério de imputação para estes efeitos não poderia ser uma autorresponsabilidade à maneira de Brandão Proença, teria de ser, em vez disso, uma *responsabilidade pela própria esfera jurídica*, a incluir não só todas as acções do credor, mas também todos os resultados produzidos *pelas coisas* do credor, ou pelos seus direitos e deveres em geral. Veremos que também não há um princípio de responsabilidade *pela* própria esfera, embora haja, diferentemente, um princípio de responsabilidade *da* esfera de cada um.

---

<sup>46</sup> Veremos que alguns autores portugueses sugerem que a mora do credor, no seu princípio fundamental, pressupõe «culpa», mas admitem depois que o regime se aplique «por analogia» em todos os outros casos.

## Subdireitos do devedor

O modo que nos parece correcto de fundamentar o regime da mora do credor aproxima-se da tese dos «deveres enfraquecidos» e da «ilicitude imperfeita», reorientando-a e dando-lhe capacidades realmente explicativas, mas aproxima-se também da tese do direito a cumprir, que não só tinha uma relação forte com as soluções práticas justamente consagradas nos arts. 813.º ss., também beneficia de um ou dois dos pontos que vamos notar a seguir. O único defeito da tese do direito a cumprir é o de estar errada no seu ponto central, o que, em direito, na filosofia e nas restantes humanidades, não é certamente motivo para não lhe darmos atenção. O defeito da tese dos deveres enfraquecidos é o de alguma superficialidade, mas ela não deixa de apontar direcções correctas.

As palavras que escolhemos para designar as posições do devedor e do credor, com relevância na mora do credor, são «subdireitos», do devedor, e «subvinculações», do credor, mas *focamo-nos nos subdireitos*, seguindo a orientação geral do direito civil de tomar mais como tema os direitos do que as vinculações.<sup>47</sup> Também seria sugestivo chamar aos subdireitos «direitos submissos», porque o seu «sub» vem de eles estarem submetidos ao direito do credor, ao crédito. A expressão «direitos submissos» envolve uma contradição retoricamente vantajosa,<sup>48</sup> mas, tudo visto, vamos referir-nos apenas a subdireitos.

Pressuposto teórico importante é o de que as situações jurídicas não formam nenhum conjunto fechado e pré-elaborado, como poderia pensar o conceptualismo jurídico tradicional e como se poderia retirar de esquemas expositivos como as tabelas de Hohfeld ou o quadrado deôntico.<sup>49</sup> Na verdade, as situações jurídicas são tão variadas quanto as razões juridicamente atendíveis e o modo como elas devem ser atendidas. Daí figuras «irregulares» ou menos analíticas como as expectativas jurídicas, as vinculações «dentro do razoável», as excepções, as protecções indirectas e os poderes funcionais. Os subdireitos são apenas mais um item nesta colecção, não ganhando em originalidade aos «deveres enfraquecidos» da doutrina alemã.

<sup>47</sup> Ao contrário do que se passa em direito penal, em que o tema central é a ilicitude. Dada esta diferença de perspectiva, importações apressadas do direito penal para o direito civil são sempre de desconfiar. Em direito civil, recordem-se formulações clássicas como as de que a todo o direito corresponde uma acção, a violação de direitos dá lugar a responsabilidade, o enriquecimento à custa (dos direitos) de outrem deve ser restituído, os direitos são disponíveis, onde estão os direitos estão também as vinculações (*ubi emolumentum, ibi onus*), etc. Também não é de somenos o facto cultural de os direitos continuarem na moda desde há 250 anos.

<sup>48</sup> Os direitos são, na tese de P. Múrias, *AnAx*, caps. 4 e 5, espaços de *prevalência* do seu titular, conforme já sugeriam as fórmulas clássicas de Savigny e Hart, e a prevalência é o contrário da submissão.

<sup>49</sup> Para uma introdução a estes clássicos, cf. P. Múrias, *AnAx*, 248-262, 274, 375.

Na justificação do regime da mora do credor, pode começar-se por uma ideia incorrecta, mas que oferece um bom andaime ao raciocínio. O devedor *não tem direito a cumprir, mas tem direito a cumprir cedo*, nos casos do art. 777.º/1, e tem *direito a cumprir com electricidade e água fornecidas pelo credor*, nas empreitadas em que assim se convence. Esta ideia, embora rigorosamente incorrecta, é verosímil e corresponde a formas quotidianas de expressão jurídica, legais e contratuais. P. ex., um devedor pode reclamar com naturalidade que «se é para fazer, faço já» ou que «se é para fazer, tens de dar-me água e electricidade». Nestes modos de expressão, o devedor não invoca rigorosamente um direito seu, mas invoca um «direito» submetido ao direito, à autoridade do credor – «se é para fazer» –; invoca, lá está, um subdireito.

Os subdireitos, como figura próxima dos direitos, correspondem ao *uso legal da linguagem dos direitos* para referir a posição do devedor com reflexos na mora do credor. É exactamente isso que sucede, apesar do esforço de dissimulação, no art. 777.º/1, quando se dispõe que o devedor «pode a todo o tempo exonerar-se». A lei tem o cuidado de distinguir a posição do devedor, remetida a um simples «pode», da posição do credor, que «tem o direito de exigir», mas aquele «pode» é o «poder» ainda hoje usado em Coimbra e por autores alemães tradicionais para definir o direito subjectivo. A palavra é utilmente ambígua, de modo que o art. 777.º/1 não confessa literalmente aquilo que confere ao devedor, mas o «poder» conferido é *o poder de impor ao credor o cumprimento precoce*. Não se trata de uma mera liberdade hohfeldiana ou de uma mera permissão, mas sim de *fazer prevalecer a vontade*<sup>50</sup> do devedor sobre a do credor, no caso, quanto ao tempo do cumprimento, com as consequências negativas dos arts. 814.º ss. se este se recusar a aceitar o cumprimento (sendo necessário que ele aceite). O art. 777.º/1, portanto, embora contrariado, usa a linguagem dos direitos para se referir à posição do devedor.

O mesmo sucede com as *opções expressivas da CVI* antes referidas, ao consagrar inúmeras «obrigações» do credor com efeitos semelhantes aos dos pressupostos da *mora creditoris* na nossa lei, e noutros documentos internacionais que a seguem. Na *linguagem contratual*, os ónus do credor também são comumente indicados na linguagem dos direitos, designadamente quando se consagram «obrigações» de fornecer água e electricidade ou o que quer que seja.

---

<sup>50</sup> A vontade *e o interesse*. Estas duas ideias andam geralmente em conjunto nas questões de direito civil, como nas definições tradicionais de direito subjectivo, embora a vontade prevaleça em princípio sobre o interesse relativamente a adultos e pessoas colectivas, segundo o princípio liberal, e seja «representada» pela vontade dos representantes no caso de menores e equiparáveis. Em diversas regras, portanto, o interesse é apagado pela vontade.

Portanto, esquecendo o pressuposto de que o devedor não tem direito a cumprir, seria expressivamente adequado dizer que o devedor tem *direito a qualificações do cumprimento*. Não o direito a cumprir, mas o direito a cumprir já (a cumprir tão cedo quanto queira, se não houver prazo em benefício do credor) ou o direito à colaboração acordada para o cumprimento. Esses direitos não são verdadeiros direitos, são subdireitos, mas a linguagem que os exprime é a mesma.

A linguagem comum é útil porque nos aponta um *critério dos subdireitos do devedor*, diz-nos quais os subdireitos que o devedor tem: o devedor tem subdireitos conforme as regras gerais de constituição de direitos, designadamente a autonomia privada e os restantes modos de autovinculação (no caso, «auto-subvinculação») da pessoa contra quem os direitos se constituem. Quanto ao subdireito a cumprir cedo, a sua fundamentação legal é clara no art. 777.º/1, embora seja difícil a fundamentação substancial. A aplicação da linguagem dos (sub)direitos também aponta *o regime aplicável: os subdireitos têm, à partida, a mesma tutela que os direitos*.

Os subdireitos constituem-se como se constituem os direitos e têm, em princípio, o mesmo regime dos direitos. Contudo, não são direitos, e das razões por que não são direitos decorre a sua principal especificidade de regime: *os subdireitos não são coercíveis* e, conseqüentemente, não são judicialmente exigíveis numa acção de condenação nem, muito menos, numa execução (art. 817.º)<sup>51</sup>.

Os subdireitos não são direitos porque *são subordinados ao direito do credor e à sua disponibilidade sobre ele*. Apesar de palavras como as que o art. 777.º/1 usa e as que frequentemente surgem nos contratos, dizendo que o credor «se obriga» a certa forma de colaboração, nós, juristas, tal como um declaratório normal, não as interpretamos no sentido de concederem ao devedor um direito *a se*, um direito propriamente dito, mas apenas um «direito contra o credor dentro do direito do credor», *um direito dentro do direito oposto* (contra o devedor), um direito subordinado ao crédito. O devedor não tem, por regra, um direito a cumprir, porque não é isso que as partes estipulam, e o sistema do direito civil é, em geral, um sistema de liberdade, que atribui direitos essencialmente através de factos de autovinculação. O devedor não tem direito a cumprir porque o credor não se vinculou a tanto e, quando se vincula, há uma «relação no interesse de ambas as partes» em que ambos são devedores e credores.

Como o devedor não tem direito a cumprir e o credor reserva a sua disponibilidade sobre o crédito, então os subdireitos dependem da vontade<sup>52</sup> do credor no sentido da realização do crédito. Em consequência, os subdireitos não são coercíveis, porque a sua coercibilidade (e exigibilidade judicial) implicaria impor ao credor a realização do

<sup>51</sup> Embora nada impeça uma acção de mera apreciação a seu respeito.

<sup>52</sup> E, teoricamente, do interesse. Cf. a n. 50, *supra*.

crédito. O devedor, p. ex., tem o subdireito a cumprir cedo. Contudo, não tem o direito a cumprir. Se o subdireito a cumprir cedo fosse coercível, então o devedor teria o efeito de um direito a cumprir (desde que «cedo») e poderia impô-lo ao credor, o que é contrário ao conteúdo da generalidade dos contratos e ao princípio da disponibilidade.

*Os subdireitos têm sempre por conteúdo uma qualificação da prestação*, uma concretização da prestação. Se, p. ex., António tem direito a que Bento lhe pague 100 €, Bento pode ter o subdireito a pagar esses 100 € *em notas de 20 €*, ou a pagá-los *tão cedo quanto quiser*, mas não pode ter o subdireito a *pagar 100 €*, porque este é o conteúdo do crédito, e um subdireito (do devedor) está sempre subordinado a um crédito contra quem o tem.

Um subdireito não é um direito contra o credor, e tem sempre por conteúdo uma qualificação do conteúdo do direito do credor, *porque depende da vontade do credor* quanto ao conteúdo do *seu* direito. Ora, os direitos são posições de prevalência sobre a vontade e os interesses de outrem, de modo que um direito dependente da vontade da pessoa contra quem o direito vigora é um contrassenso. A consequência prática é que os subdireitos são incoercíveis.

No entanto, *enquanto se mantiver a vontade, ou a possibilidade de vontade, do credor* no sentido da realização do crédito, o subdireito a uma qualificação do conteúdo do crédito tem a mesma força que os direitos, por assim ter sido constituído por convenção das partes ou assente em disposição legal própria. E esta é, em nosso entender, a chave do regime da mora do credor. Trata-se de tutelar os subdireitos do devedor, ou melhor, de reagir à não satisfação dos subdireitos resultante do comportamento do credor, do comportamento dos seus bens e de tudo o mais que for «seu». Como a mora do credor se refere a problemas de atraso no cumprimento, está especialmente em causa o subdireito do devedor a «cumprir cedo», como temos vindo a dizer, ou seja, o direito a cumprir tão cedo quanto queira e lhe consintam os eventuais prazos em benefício do credor.

Tem interesse teórico tentar definir exactamente os subdireitos, apesar das dificuldades e dos perigos de todas as definições em direito. Para isso, temos de usar uma análise de um conceito relacional de direito subjectivo. Recorremos a uma variante das definições de P. Múrias,<sup>53</sup> segundo a qual um direito relativo é, *grosso modo*, a prevalência valorativa de uma pessoa sobre outra na solução de uma questão jurídica. A prevalência valorativa de uma pessoa é a prevalência do seu eventual interesse, vontade ou semelhante elemento, enquanto razão jurídica atendível (*i.e.*, do valor pessoal que lhe respeita).

---

<sup>53</sup> Cf. *AnAx*, 304-305, com uma justificação extensa nos capítulos seguintes.

Consideremos devedor e credor. O credor tem direito à *prestação*, que designamos como «A», e o devedor tem, p. ex., o subdireito a *cumprir cedo*, que é uma concretização de A e que, por isso, designamos como «A e B». Vimos que todos os subdireitos têm por conteúdo uma concretização da prestação, sendo sempre, portanto, subdireitos à prestação «com mais qualquer coisa», e nunca à prestação só por si.

Em termos gerais e para lá do exemplo, dizemos que um devedor tem subdireito contra um credor a (A e B) se e só se:

- O credor tem um direito disponível contra o devedor a A; e
- Enquanto se mantiver o direito do credor a A,<sup>54</sup> o eventual interesse-ou-vontade do devedor em (A e B) prevalece juridicamente sobre o eventual interesse-ou-vontade do credor em (A e não-B).

Esta definição serve, com poucas mudanças, para quaisquer direitos disponíveis, incluindo os de atribuições não obrigacionais, bastando para isso substituir as palavras «devedor» e «credor» por quaisquer outras que distingam duas pessoas (p. ex., «António» e «Bento», ou «P1» e «P2»).

### c) Alguns desenvolvimentos de regime

#### Requisitos da mora do credor

Há mora do credor quando uma obrigação se mantém por cumprir em transgressão, ou em resultado de uma transgressão, dos subdireitos do devedor. Se esta nos parece, em virtude das considerações anteriores, uma definição adequada de mora do credor e uma boa orientação geral na matéria, não deixa de ser conveniente concretizar<sup>55</sup> alguns pressupostos de aplicação da figura, que podem ser arrumados nos seguintes cinco planos:

- A mora do credor é sempre um atraso, e não um não cumprimento definitivo.
- Necessidade de certos actos jurídicos do devedor.
- Prontidão do devedor para cumprir.
- Impedimento do cumprimento pelo credor.
- Não justificação do impedimento pelo credor.

---

<sup>54</sup> Ou talvez «enquanto se mantiver a possibilidade do interesse-ou-vontade do credor em A».

<sup>55</sup> Neste desenvolvimento, não nos afastamos de M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Código Civil Comentado*, anot. arts. 813.º ss.

A mora do credor é sempre uma situação de atraso, não incluindo conjunturas em que o credor provoca directamente a impossibilidade definitiva da prestação. A mora do credor é, portanto, uma situação temporária, um mero retardamento, e está numa relação de exclusão recíproca com a impossibilidade definitiva da prestação (embora não com a temporária). Se o credor causa uma impossibilidade definitiva, então estamos no plano do art. 795.º/2, se esta for «culposa», ou no dos casos perplexos que estudamos a seguir, se o não for. Alguns autores alemães mais antigos defenderam que os casos perplexos seriam hipóteses de mora do credor, mas essa tese está abandonada e não chegou a ter defensores em Portugal.<sup>56</sup> A mora do credor tem sempre em vista o subdireito do devedor a cumprir tão cedo quanto puder e quiser, e não um hipotético subdireito a cumprir *tout court*.

A mora do credor pressupõe, nalguns casos, que o devedor ofereça a prestação. A oferta da prestação é designadamente necessária no caso de obrigações puras (art. 777.º/1) e configura-se aí como uma figura simétrica da interpelação. Tal como a obrigação só se vence, para efeito vinculativo do devedor, se o credor o interpelar, também o credor, em muitos casos, não entra em mora sem o devedor lhe oferecer a prestação, *i.e.*, sem lhe solicitar que aceite a prestação pronta a realizar. A oferta da prestação cobre as hipóteses em que a actuação «subdevida» pelo credor se cinja a receber ou a aceitar a prestação, e não quando são necessários ao cumprimento outros actos do credor. A oferta pode ser real (*v.g.*, o devedor apresenta-se nas instalações do credor com a coisa devida para a entregar) ou verbal (*v.g.*, o devedor comunica ao devedor que a coisa se encontra na fábrica pronta a ser levantada), e a necessidade da oferta real, em vez de uma mera oferta verbal, resulta do acordado pelas partes e do desenvolvimento da relação nos termos gerais.

Se, p. ex., o credor declarar que (ainda) não vai aceitar prestação, o devedor não tem de oferecê-la segunda vez.<sup>57</sup> Se, antes de o devedor se deslocar ao local de cumprimento nas instalações do credor, este lhe disser que elas estão encerradas, o devedor não precisa de fazer oferta nenhuma. Se se convencionar no contrato um *prazo certo em benefício do credor* e o lugar de cumprimento forem as instalações do devedor (*v.g.*, «vou buscar as mercadorias, o mais tardar, no dia x»), então a mora do credor começa nesse dia se o credor não aparecer, sem necessidade de oferta. Pode inclusive suceder que o devedor esteja *obrigado a não fazer* uma oferta

<sup>56</sup> Cf. Baptista Machado, «Risco Contratual e Mora do Credor», 303 e 334-339. Cf. ainda L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Almedina, vol. II, 2002, 238.

<sup>57</sup> No acórdão RL de 8 de Fevereiro de 2007 (A. Luísa Geraldes, proc. 10811/2006-6), perante uma recusa do senhorio de receber a renda, o arrendatário foi dispensado de oferecer as rendas subseqüentes, tendo-se considerado que cabia ao credor senhorio avisar depois da sua disponibilidade.

real, quando isso evite uma duplicação das despesas que o credor seria depois obrigado a suportar (art. 816.º). Esse dever do devedor, quando ocorrer, resultará da boa fé (art. 762.º/2).

### Continuação: «actos necessários» e prontidão

Quando se trate de outros «actos necessários ao cumprimento» (cf. art. 813.º), que não o simples recebimento da prestação, também não vem propriamente ao caso uma *oferta* desta pelo devedor. Pode é ser necessário que o devedor *peça* a colaboração do credor, que a solicite, conforme o acordado pelas partes e o desenvolvimento da relação. A boa fé dá boas ajudas para apreciar estes casos (art. 762.º/2). Se a electricidade para a empreitada, que o credor prometera, foi cortada por falta de pagamento, convém o devedor avisá-lo de que isso aconteceu, e não ir para casa sem dizer nada.

Falta saber o que são *actos necessários ao cumprimento*, expressão que o art. 813.º usa com apoio da doutrina alemã.<sup>58</sup> A expressão tem o seu quê de insólito, porque quem tem de praticar a generalidade dos actos necessários ao cumprimento é o *devedor*, por estar obrigado a cumprir. O que o art. 813.º pretende dizer é que o credor tem de praticar os actos necessários *de sua parte* para o cumprimento. Entre os actos necessários ao cumprimento, portanto, é preciso distinguir entre aqueles que são da parte do devedor – a generalidade dos actos – e os que são da parte do credor, visados pelo art. 813.º. Recorde-se que esta distinção, tal como todo o regime da mora do credor, implica prestações que dependem da colaboração do credor, pois nos outros casos não há actos necessários de sua parte. Melhor dizendo, as prestações que exigem a colaboração do credor são apenas aquelas em que há actos necessários da sua parte.

Sublinhámos antes que o critério essencial que distingue aquilo que cabe a uma parte e à outra é a *autonomia privada*. A electricidade para a obra, para manter o exemplo, será em princípio devida pelo devedor ou subdevida pelo credor conforme estipulado. A *boa fé* (art. 762.º/2) tem o normal efeito complementar da autonomia privada, podendo fundar subdeveres como funda deveres. As *regras sobre o lugar* do cumprimento, como também dissemos, reflectem-se na questão: cada uma das partes, se não estiver já nesse lugar, tem de aí se deslocar (o credor «subtem»), pessoalmente ou por meio de outrem, para haver cumprimento. Assim, o lugar do cumprimento devido implica uma distribuição de actos necessários pelas partes (cada uma delas tem

<sup>58</sup> Mas não com apoio na lei alemã, porque o BGB se refere apenas à aceitação do cumprimento.

de se deslocar lá). De modo semelhante, a natureza da prestação – *i.e.*, o conteúdo da obrigação – implica actos ou estados necessários da parte do credor sempre que não seja possível realizá-la sem a sua colaboração (p. ex., cortar o cabelo do credor, ou dar-lhe uma aula). Aqui o critério é a *possibilidade* de prestar, devido ao teor da prestação.

Mas a natureza da prestação e quaisquer actos preparatórios que o devedor precise de realizar podem também implicar a *permissão* do credor, sempre que incidam sobre a sua pessoa (cf. art. 70.º) ou o seu património (cf., *v.g.*, art. 1305.º). Por vezes, é *possível* ao devedor prestar sem colaboração, mas isso não lhe é *permitido*, de modo que a permissão do credor é um acto necessário para o efeito do art. 813.º. O credor poderá optar por realizar alguns desses actos ele próprio, escusando-se a dar a permissão. Outros ainda, terá de realizá-los por si porque o contrário violaria direitos de personalidade *do devedor* (é o caso de certas recolhas para análises clínicas). Menos claros são os casos em que é necessária uma *permissão de terceiro*. Por vezes, esses são actos da parte do credor (p. ex., se este não é a pessoa em quem deve ser cortado o cabelo), mas outras vezes são da parte do devedor (p. ex., a concordância do terceiro proprietário cuja coisa o actual devedor vendeu como futura (art. 880.º)). A distinção dos casos de necessidade da permissão de terceiro resolve-se, como sempre, pela interpretação do contrato.

Também resulta destes critérios de distinção entre aquilo que cabe a uma parte e à outra que os actos ou factos em causa não têm de ser «necessários» em sentido lógico ou físico, nem sequer «necessários» nos termos de lei injuntiva, mas apenas *necessários de acordo com a própria relação entre as partes*, em respeito do conteúdo do contrato e dos ditames da boa fé, não sendo de afastar o critério geral da razoabilidade. Assim, o credor entra em mora se a manutenção do jardim só começou uma hora depois porque este não prendeu o cão como havia prometido ao jardineiro. Os trabalhos de jardinagem não eram impossíveis, mas o devedor não estava à vontade com o cão à solta, e tinha ficado acordado que o dono o prendia, pelo que o primeiro podia legitimamente recusar-se a começá-los enquanto o outro não o fizesse. O que releva é que, em face do conteúdo do contrato, o devedor pudesse legitimamente recusar-se a cumprir em face da falta do credor e tenha usado dessa faculdade. Noutra fórmula, porventura mais ampla, importa é que o atraso tenha sido *causado* pela falta de um acto ou facto que caiba ao credor, e não por uma decisão inteiramente livre do devedor ou por uma circunstância estranha a ambos. Há mora do credor, portanto, quando o atraso *se deva* à falta de quaisquer actos necessários *ou convenientes* ao cumprimento, desde que caiba ao credor realizá-los.

A oferta pelo devedor só gera mora do credor, no entanto, se *o devedor estiver pronto para cumprir*. É o requisito da prontidão do devedor. O credor só transgride o subdireito do devedor a cumprir cedo se este conseguiria fazê-lo, caso contrário

o suposto «atraso» não é gerado pelo credor. Do mesmo modo, quando falta outra subdevida colaboração do credor, ou quando este impede activamente que os actos de prestação progridam a boa velocidade, a *mora creditoris* pode só começar no momento em que a prestação seria realizada, ainda que não seja sempre assim.<sup>59</sup> A omissão do credor tem de ser *condicio sine qua non* da falta de cumprimento tempestivo. O requisito da prontidão do devedor ganha autonomia quando seja dispensável uma oferta, e está implícito nos casos em que a oferta é necessária: só há oferta com significado se o devedor está pronto a cumprir.

O credor *impede o cumprimento* – nas palavras do art. 813.º, «não aceita a prestação [...] ou não pratica os actos necessários» – mesmo quando diz aceitar a prestação, mas apenas *em termos diversos* daqueles em que ela é correctamente oferecida. Caso paradigmático é um vendedor apresentar-se a entregar a coisa *contra o pagamento simultâneo do preço* (cf. arts. 428.º e 885.º), e o comprador, credor da entrega, pretender recebê-la sem pagar logo. Neste caso, o comprador entra em mora *do devedor* quanto à obrigação de pagar o preço, e em mora *do credor* quanto à obrigação de entrega. O direito do devedor ao preço implica o subdireito a cumprir em simultâneo com o seu pagamento.

### Continuação: falta de motivo justificado

Naturalmente, e como diz a lei, não há mora do credor quando este tem um *motivo justificado* para recusar a prestação, para não praticar actos necessários ou para impedir o prosseguimento dos trabalhos. Trata-se de o devedor não ter um subdireito a cumprir nas condições pretendidas. O art. 813.º distingue a falta de «motivo justificado» (p. ex., as coisas que o devedor quer entregar são defeituosas) e a falta de oferta da prestação «nos termos legais» (p. ex., o vendedor oferece verbalmente a prestação mas *não mostra as coisas* ao credor para este verificar se elas não têm defeitos). A ideia subjacente é, no entanto, a mesma, tendo a lei pretendido autonomizar os «requisitos legais» do acto de oferta de acordo com alguma tensão tradicional nas doutrinas sobre a respectiva adequação (designadamente, na oposição entre oferta real e oferta verbal).

*Não há*, contudo, motivo justificado só por a aceitação da prestação ser inexistente, nem sequer por ser impossível por *razões da esfera do credor*. Se, p. ex.,

---

<sup>59</sup> Talvez não seja sempre assim. Se, p. ex., o credor não der certo contributo necessário, o devedor pode ter de pagar horas extraordinárias aos seus empregados *para cumprir a tempo*, caso em que beneficia do art. 816.º sem que haja atraso algum. Mas talvez estes casos não sejam de mora do credor. Cf. a última subalínea deste estudo, sobre «outras hipóteses de custos gerados pelo credor».

a prestação tinha um prazo certo, em benefício de ambas as partes, e o devedor aparece para cumprir no dia acordado, mas o credor está doente e não pode recebê-lo, ou o credor está confrontado com um acidente familiar de modo que seria impensável tratar de negócios, ou ainda quando as instalações do credor sofrem um acidente sem culpa sua que impedem a realização imediata da prestação – em todos estes casos, o credor não tem um «motivo justificado» para recusar a prestação, e a compressão daí resultante dos subdireitos do devedor, que vai ter de cumprir mais tarde, não deixa de ser isso mesmo, uma compressão, uma insatisfação dos subdireitos do devedor. O *sacrifício* dos subdireitos do devedor é justificado apenas no sentido de que a obrigação se mantém, mas o motivo *não é justificado contra o devedor*, e não deixa por isso de transferir para o credor os custos e riscos resultantes.

Por outras palavras, *a mora do credor não exige culpa do credor, nem sequer exigibilidade do seu comportamento*, mas apenas que, nos termos da relação das partes, o devedor tenha o subdireito de cumprir naquele momento, ainda que haja um impedimento legítimo ao seu exercício. Se a obrigação do devedor é prolongada devido à esfera jurídica do credor e contra os subdireitos do devedor, então este não pode ter de suportar os custos e riscos daí advenientes. A esfera jurídica de cada pessoa é responsável pela satisfação dos direitos (no caso, subdireitos) que as outras têm contra elas. Se o devedor for impedido de cumprir por *causas da sua esfera ou estranhas à esfera de ambas partes*, então os seus subdireitos desaparecem sem que o credor tenha de sofrer alguma coisa com isso, porque não é o credor que impede a sua satisfação. Aí, é o devedor que tem de suportar os custos e riscos de cumprir mais tarde a sua obrigação. Se nunca chegar a cumprir, perde o direito à contraprestação, quando for o caso. O que *não pode é a esfera jurídica do credor retirar ao devedor o subdireito a cumprir cedo*, conforme resulte do seu contrato ou de outra fonte, porque os subdireitos o são *contra o credor*. Quando isso acontecer, o credor tem de suportar os custos e riscos subsequentes, segundo os princípios da responsabilidade pelo sacrifício ou considerações análogas.

Apesar de alguma falta de clareza dos dados legais, defendemos, portanto, um *conceito amplo de mora creditoris*, que nela inclui qualquer atraso com origem na falta de colaboração do credor. Um impedimento, mesmo que não devido a «culpa» do credor, mesmo que imprevisível ou inultrapassável, não constitui um «motivo justificado» quando provier da esfera do credor (dos seus direitos e obrigações). Não é o devedor a suportar o consumo da sua capacidade de prestar posta à disposição do credor, e aplicam-se os arts. 814.º ss.

Alguma doutrina portuguesa, na sequência de Baptista Machado, entendeu o contrário, pretendendo que só a «culpa» do credor daria origem à sua mora. A

diferença na doutrina, todavia, é mais aparente do que real, já que mesmo estes autores aceitam, afinal, aplicar os arts. 814.º ss. «por analogia», porventura *excluindo apenas a aplicação do art. 815.º/2* (obrigação de pagamento da contraprestação em caso de impossibilidade durante a mora).<sup>60</sup>

Na verdade, o art. 815.º/2 suscita problemas de aplicação análogos aos do art. 795.º/2, que vimos antes, e aos dos casos perplexos, que consideramos a seguir. Nos casos mais fáceis, porém, que são os de perda de coisa específica vendida ou de extinção de todo o género, se forem genéricas, a aplicação do art. 815.º/2 mesmo sem culpa do devedor é *a única saída compatível com as regras da transferência do risco* nas prestações de coisa. A esfera jurídica do credor não pode impedir que se transfira o risco de perecimento, perda ou deterioração, conforme o devedor faria com o cumprimento. A ordem jurídica é sensível às dificuldades de todas as pessoas – por isso mesmo, o devedor continua obrigado a cumprir durante a mora do credor –, mas não permite que os direitos de uns sacrifiquem os direitos anteriores dos outros. Pelo contrário, os direitos de cada um respondem pela satisfação dos direitos que os outros têm contra si. Se um vendedor vem entregar as coisas, mas o credor está compreensivelmente impedido de aceitá-las, o vendedor tem de voltar para trás e cumprir mais tarde, mas o risco transferiu-se naquele momento, conforme resultava do contrato.

Insistamos em linguagem sugestiva. A partir do momento em que, devido a *circunstâncias da vida do comprador*, o vendedor guarda as coisas que *tinha subdireito a entregar*, em vez de as «deixar ali no chão», ele está «a fazer um favor» ao comprador. É um «favor» que a lei lhe impõe, contra o conteúdo da relação entre as partes, por razões de proporcionalidade. Não pode é esse «favor» onerar o vendedor com o risco que ele tinha direito a eliminar e tentou eliminar com o cumprimento. Não pode onerá-lo com o risco de as coisas desaparecerem e ele ter de procurar outras, se isso for possível, ou perder a contraprestação. O prolongamento da obrigação devido à esfera do credor não se converte num risco do devedor.

---

<sup>60</sup> A nossa posição acompanha Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. II, 87, M.ª Lurdes Pereira, *Conceito de Prestação*, 289-303, L. Menezes Leitão, *Obrigações*, vol. II, 238-239, e A. Menezes Cordeiro, «Mora do...», 150-151. Os autores que preferem um conceito restrito de mora do credor, só verificada em casos próximos da «culpa» do credor, são J. Baptista Machado, «Risco Contratual», 317-322, N. Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, 467-473, J. C. Brandão Proença, *Lições de Cumprimento*, 254-262, A. Taveira da Fonseca, *Teoria Geral das Obrigações*, UCP, 2024, 184-186 (em termos dubitativos). Na prática, estes autores apenas pretendem afastar o art. 815.º/2, porque todos os outros se aplicariam «por analogia». Cf. B. Machado, «Risco», 323-324 e 334-339, N. Oliveira, *Princípios*, 482-487, e J. B. Proença, *Lições*, 262-266, A. T. Fonseca, *Teoria*, *loc. cit.*

## Manutenção da contraprestação em caso de impossibilidade

O art. 815.º/2 quebra o sinalagma de modo semelhante ao do art. 795.º/2, estatuidando que o credor não pode invocar que não recebeu a prestação, tornada impossível durante a sua mora, para não pagar a contraprestação. Afasta-se, portanto, o art. 795.º/1, se a impossibilidade não se dever a culpa. No caso de impossibilidade imputável a culpa *leve* do devedor, o credor não pode invocar a falta de prestação e da indemnização (cf. arts. 814.º/1 e 815.º/1) para recusar a realização da contraprestação. Afasta-se, portanto, o art. 801.º/2.<sup>61</sup> Tal como o art. 795.º/2, o art. 815.º estatui que se descontem na contraprestação os benefícios que o devedor tenha tido devido à não realização da prestação.<sup>62</sup>

Recordem-se, ainda assim, as reticências que o art. 795.º/2 suscita, quer nos casos de desistência razoável da prestação, quer nos casos de negligência (do credor) que leve à impossibilidade. Essas dúvidas tendem a transferir-se para o art. 815.º/2. Quando, todavia, a impossibilidade surgida durante a *mora creditoris* corresponda à lesão de bens do devedor, como é a regra na compra e venda (com a destruição das coisas) e noutras prestações de coisa, a letra do art. 815.º/2 não se sujeita a dúvidas: o risco da contraprestação é do credor.

Mesmo quando a impossibilidade não lesa bens materiais ou de personalidade do devedor, designadamente em muitos casos de prestação de facto, a mora do credor tem uma especialidade que a afasta muitas vezes dos casos duvidosos do art. 795.º/2. A mora do credor pressupõe, como vimos, a *prontidão do devedor* para cumprir, o que frequentemente implica a disponibilização de tempo pelo devedor. Suponha-se que António se dirige à vinha de Bento para fazer a vindima, mas o trabalho não pode ser feito nesse dia por avaria (fortuita) do tractor para transporte das uvas, tendo então António de regressar no dia seguinte. Se, durante

<sup>61</sup> A doutrina que defende que só há a mora do credor quando o atraso lhe seja imputável (a título de «culpa» ou afim) não é unânime quanto à aplicação do art. 815.º/2 à mora sem culpa do credor. No sentido da inaplicabilidade vão Baptista Machado, «Risco Contratual», 338, Brandão Proença, *Lições de Cumprimento*, 265, e A. Taveira da Fonseca, 187-188. No sentido da aplicabilidade, embora apenas quando a impossibilidade subsequente à mora do credor não seja devida a culpa do devedor, cf. N. Pinto Oliveira, *Princípios*, 486-487. Pelo lado oposto, a posição mais forte no sentido de afastar o princípio do sinalagma na mora do credor foi defendida por M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito de Prestação*, 305-307, para quem as contingências que afectam a pessoa ou os bens do credor não poderiam prejudicar o direito do devedor à contraprestação. No texto, aqui e a propósito dos casos perplexos (*infra*), não seguimos exactamente esta formulação de princípio, dando mais vigor ao princípio do sinalagma e pressupondo portanto que o facto de o devedor ter ou não ter chegado a cumprir é muito significativo na solução dos casos.

<sup>62</sup> *Supra*, no n.º 2/a.

a noite, a vinha é destruída num incêndio, parece que o art. 815.º/2 deve ser aplicado literalmente. A mora de Bento transgredira o subdireito de António a cumprir no dia acordado, e agora este já consumiu, pelo menos em parte, o tempo destinado ao trabalho. Dir-se-ia até, numa certa perspectiva, que a mora e a impossibilidade lesaram efectivamente um bem seu (o seu tempo). A solução deste tipo de casos, no entanto, não pode deixar de ser aproximada dos casos perplexos que estudamos a seguir.

### Indemnização ao devedor

O art. 816.º manda o credor indemnizar o devedor «das maiores despesas que este seja obrigado a fazer com o oferecimento infrutífero da prestação e a guarda e conservação do respectivo objecto». Constitui-se agora para o credor um *novo dever* em consequência da sua mora, com um novo direito para o devedor, coisa que não acontecia nos arts. 814.º e 815.º. Esta diferença formal não prejudica a unidade valorativa de todas as regras da mora do credor. *A ideia geral é impedir o agravamento da posição do devedor* em consequência da mora, e o art. 816.º não escapa a essa lógica, antes a traduzindo com especial clareza. Agora, dá-se ao devedor uma indemnização *pelas maiores despesas* que tenha com o cumprimento em consequência da mora.

Trata-se, tanto quanto parece, de um caso de *responsabilidade objectiva pelo sacrifício*.<sup>63</sup> A manutenção da obrigação apesar da falta de adequada colaboração do credor sacrifica o subdireito do devedor a cumprir cedo, isto é, a cumprir no momento em que estava pronto para isso e a relação das partes, também atendendo ao art. 777.º/1, o autorizava a fazê-lo. As despesas com o prolongamento da obrigação são danos resultantes do sacrifício do subdireito e devem ser indemnizadas.

A lei individualiza dois tipos de despesas que podem resultar do impedimento pelo credor. Em primeiro lugar, as *despesas com a oferta da prestação*, que podem ser duplicadas pela mora do credor. Se, p. ex., o devedor consumiu combustível e pagou a um condutor para levar as coisas devidas ao credor, e terá de repetir esse custo, deve ser indemnizado por isso. A indemnização corresponde ao custo efectivo da segunda oferta, tornada indispensável pela não aceitação da primeira. A despesa acrescida está *na segunda oferta*, e não na primeira, ao contrário do que parece resultar da letra da lei, que se refere às despesas com o «oferecimento infrutífero»

---

<sup>63</sup> Os autores que entendem que a mora do credor em sentido restrito é só para casos de «culpa» do credor não deixam de aplicar o art. 816.º «por analogia» quando não há culpa.

da prestação. Mas é indispensável, nesta parte do artigo, que haja um oferecimento infrutífero: se a primeira oferta *não chegou a ser feita*, por o devedor saber que o credor não queria ou não podia aceitar, então, apesar de haver mora do credor, não há, *ceteris paribus*, acréscimo de despesas e, logo, não há indemnização.

Em segundo lugar, a lei prevê as *despesas com a guarda e conservação da coisa*. Aqui, a determinação da medida da indemnização tem de comparar os custos efectivos da guarda ou conservação com os custos hipotéticos que seriam suportados se o credor tivesse aceite a oferta ou tivesse praticado os (outros) actos necessários ao cumprimento. Da diferença entre esses dois valores resulta o montante a que o devedor tem direito, não se afastando a ideia geral do art. 566.º/2.

A lei supõe que o devedor tenha despesas com a oferta da prestação e com a guarda e conservação das coisas a entregar. Não é tão clara a solução *quando o devedor recorre aos meios de que já dispunha*, evitando desta forma pagar a terceiros. Se, p. ex., em vez de armazenar os produtos a entregar em instalações alheias, pagando o preço do depósito, o devedor as mantém no seu armazém, poderá exigir ao credor o custo de armazenamento da coisa, segundo valores de mercado, apesar de não ter feito a correspondente despesa?

Esta questão inscreve-se numa problemática mais vasta, relativa a obrigações de indemnizar nos termos gerais dos arts. 483.º, 798.º, etc., com uma outra concretização em sede de indemnização por restauração natural no art. 566.º/1. Trata-se aí de saber se o lesado que, *v.g.*, conserte a coisa danificada com os seus próprios meios – fazendo ele próprio, portanto, a reconstituição natural – tem direito a ser indemnizado segundo o custo de mercado de uma reparação semelhante à que fez. Sem prejuízo do que possa resultar de uma análise de todas as questões análogas, propendemos para uma resposta afirmativa no âmbito do art. 816.º: o devedor tem direito ao valor das despesas acrescidas, segundo valores de mercado, mesmo que na verdade não as tenha realizado, ou o montante realmente despendido seja inferior, por o devedor ter recorrido aos meios próprios. De outra forma, a solução legal seria um estímulo à contratação arbitrária de terceiros, além de não impedir um agravamento efectivo da posição do devedor, ainda que sem reflexos contabilísticos.<sup>64</sup> O apoio exacto desta obrigação na lei, contudo, talvez sejam os princípios

---

<sup>64</sup> No acórdão do STJ 15 de Março de 2005 (Lucas Coelho, proc. n.º 04B4400), o proprietário de um carro deixado para reparação numa oficina foi condenado nos custos de «parqueamento» por não o ter levantado tempestivamente. O tribunal fundamentou a solução na conclusão de um contrato (oneroso) por via de uma «actuação de vontade». Correctamente, porém, o caso deveria ter sido qualificado como pertencendo à mora do credor, devendo os custos de «parqueamento» ser indemnizados segundo o valor de mercado da permanência de um veículo numa garagem.

do enriquecimento sem causa (art. 473.º) por intervenção, e não os da responsabilidade civil (incluindo o art. 816.º).

Tratando-se de despesas com a guarda ou conservação da coisa, o direito à sua indemnização é garantido por um direito de retenção (art. 754.º). O devedor passa, portanto, a poder recusar a entrega da coisa devida enquanto não for indemnizado pelo credor, mesmo que este, depois de ter recusado aceitá-la inicialmente, venha agora manifestar a intenção de a receber. Ao lado das regras do direito de retenção, continuam a aplicar-se as da mora: é o prolongamento da mora do credor que justifica, por exemplo, que o aumento permanente das despesas continue a onerar o credor (e não o devedor, como resultaria das regras gerais) e a limitação do dever de restituir frutos da coisa.

A letra do art. 816.º refere-se apenas a despesas com a oferta da prestação ou com a guarda ou conservação da coisa. Ambas as previsões são adequadas nas prestações de coisa. Quanto a prestações de facto, cabe perguntar se também é indemnizável um *aumento de custos da prestação* que não se concretize na necessidade de fazer uma nova oferta ou de guardar e conservar uma coisa corpórea. O princípio normativo do art. 816.º, de responsabilidade pelo sacrifício, justifica que também se indemnice nestes casos. O princípio de ordem mais geral é o de que o devedor não pode ver a sua condição de devedor agravada pelo prolongamento da obrigação contra os seus subdireitos, o que justifica que seja o credor a suportar *quaisquer* agravamentos.<sup>65</sup> O legislador histórico pode ter tido uma intenção restritiva ao indicar apenas este tipo de custos no art. 816.º, mas *a lei na verdade não dá o menor sinal* de restrição: os custos ali indicados devem ser indemnizados, mas não se impede que outros sejam indemnizáveis também. Uma simples subida de preços de combustíveis ou da mão-de-obra – que, noutros contextos, seriam atendíveis à luz do art. 437.º – durante o atraso constituído pela mora do credor não pode deixar de onerá-lo a ele, e não ao devedor. A intenção restritiva histórica parece valer, sim, para o caso de danos que não correspondam a custos da prestação, mas designadamente a lucros cessantes, por o devedor não recuperar mais cedo a disponibilidade para outros contratos. Essas perdas talvez não caibam no art. 816.º.

São abrangidas pelo art. 816.º as despesas adicionais que o devedor tenha em consequência de o credor não ter praticado actos necessários ao cumprimento. Se, p. ex., o atraso na disponibilização do local da obra em que vai ser realizada uma empreitada faz com que o empreiteiro tenha de pagar um período de acrescido aluguer das máquinas usadas, o credor suporta estes custos.

---

<sup>65</sup> Para desenvolvimentos, cf. M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito de Prestação*, 184 e ss.

Quando a mora não gere despesas, mas ainda assim aumente o tempo de disponibilização de bens ao credor, parece que este deve também remunerar essa disponibilização acrescida, por enriquecimento por intervenção. Se, no último exemplo, as máquinas pertenciam ao empreiteiro e ficam paradas durante o período da mora, é defensável a obrigação de restituir.

Situação interessante é a de o devedor estar vinculado a cumprir em moeda estrangeira e, durante a mora do credor, a moeda portuguesa (o euro) desvalorizar-se, de tal forma que o recurso à taxa de câmbio do momento do efectivo cumprimento implica maior onerosidade da prestação. A lei resolve parte deste caso no art. 558.º/2, evitando que ocorram maiores custos: o devedor pode cumprir segundo o câmbio da data em que a mora do credor tiver ocorrido.<sup>66</sup> Trata-se aí, contudo, dos casos em que o cumprimento ocorre efectivamente em moeda portuguesa, segundo o art. 558.º/1. Se as partes tinham afastado o art. 558.º/1 por convenção, é defensável que o devedor possa cumprir em moeda estrangeira *em valor correspondente* ao custo dessa moeda em euros no momento em que a mora se deu.

O art. 816.º e a razão de ser geral do regime da mora do credor não concedem uma indemnização por *prejuízos que não se concretizem num acréscimo de custos da prestação*. Os arts. 814.º ss. destinam-se apenas a evitar o agravamento da posição do devedor enquanto devedor (ou seja, vinculado a cumprir). Assim, p. ex., se o devedor *perdeu outros negócios* devido à mora do credor, por ter ficado mais tempo preso àquele contrato, parece que o art. 816.º não obriga o credor a indemnizá-lo, salvo estipulação contratual adicional que proteja a sua posição. A perda de negócios alternativos é, no entanto, um custo no sentido económico. Mais claro é que o devedor não pode exigir uma indemnização pela diminuição da reputação profissional decorrente de não ter cumprido a tempo (ainda que por causas exógenas). Esta solução restritiva pode talvez fundamentar-se nos princípios gerais do «nexo de causalidade» na responsabilidade civil.<sup>67</sup>

## 4. Os casos perplexos

### a) Noção e soluções razoáveis

Os *casos perplexos* – designação que adoptamos por simplicidade e por adesão dos alunos – são aqueles em que o credor impossibilita a prestação *sem culpa*, não caindo por isso no art. 795.º/2, e *sem um atraso* seu anterior de que a impossibilidade decorra, também não caindo, portanto, na mora do credor. Estes casos são «perplexos»

---

<sup>66</sup> Cf. RLx 10 de Novembro de 2009 (Abrantes Geraldes, proc. n.º 83/2002.L1-7), embora sem usar directamente o art. 558.º/2.

<sup>67</sup> Cf. posição ligeiramente diferente em Menezes Cordeiro, «Mora do Credor», 154-155.

no sentido de que são muito problemáticos, desconcertantes, difíceis de resolver, e nada dados a consensos entre os juristas. O uso da palavra «perplexo» neste sentido é clássico.<sup>68</sup>

Bem entendido, os casos perplexos incluem não só a impossibilidade total ou parcial, mas também a deterioração definitiva de coisas e certos aumentos de custos da prestação. O que os define, em suma, é que a perturbação do cumprimento de alguma forma provém da pessoa (ou pessoas) ou das coisas do credor, mas sem culpa nem atraso seus. As hipóteses de impossibilidade são as consideradas em primeira linha por, como sempre, serem as mais simples, embora aqui dentro da complexidade e perplexidade geral, ao ponto de vários autores entenderem que estas impossibilidades não são impossibilidade. Outros autores entendem que, mesmo sem culpa do credor, os casos são do art. 795.º/2, e outros houve a achar que, mesmo sem atraso, seriam de mora do credor. Um dos problemas centrais dos casos perplexos é que alguns deles, sendo de impossibilidade, têm enorme semelhança com casos de mora do credor.

Como diz Nuno Pinto de Oliveira, só uma coisa une os autores em torno destas hipóteses: elas *não se sujeitam simplesmente ao art. 795.º/1*. Quer isto dizer que a impossibilidade gerada pela esfera do credor não pode, *sem mais*, libertá-lo da contraprestação, como imporia o princípio do sinalagma. O devedor tem de ter alguma tutela, que não lhe é dada pelo art. 795.º/1. É um consenso curioso entre os juristas, porque, *literalmente*, os casos *são mesmo do art. 795.º/1*: trata-se de impossibilidade não imputável a nenhuma das partes no seio de uma relação sinalagmática. E, no entanto, o princípio do sinalagma tem de sofrer aqui alguma compressão.

Trata-se de situações como as seguintes:

- Um aluno falta à explicação marcada por ter sido atropelado e estar no hospital. / Um professor de ténis vem dar uma aula em Portugal, mas o aluno foi atropelado e morreu / ou está no hospital por umas semanas. / Uma pianista vem de Xangai para tocar em Lisboa, mas uma tempestade acaba de destruir o auditório / acaba de tornar Lisboa intransitável.
- Quando o veterinário contratado chega para tratar da iguana, esta já morreu.
- O rebocador contratado para desencalhar o navio vem a caminho quando uma tempestade põe o navio a flutuar / afunda-o de vez.

---

<sup>68</sup> Cf. Ralph Backhaus, *Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*, Beck, 1981. O perplexo é, então, o que causa perplexidade, e não quem a sente.

- Um cliente de uma sala de cinema falta à sessão por impedimento grave. / Um médico não apanha o cruzeiro em que estava inscrito por ter ficado a tratar de vítimas de uma epidemia súbita.
- Um empreiteiro obriga-se a demolir um muro, mas este cai por si num pequeno sismo. / Um pintor obriga-se a pintar a casa doutrem, mas a casa é consumida num incêndio fortuito.

Todos estes exemplos são de prestações de facto, seguindo os temas que a doutrina costuma tratar. Na verdade, algumas das variações dos casos perplexos também ocorrem com prestações de coisa, antes da transferência do risco, conforme notamos mesmo no fim do artigo, embora os problemas aí sejam normalmente mais fáceis de resolver. Até lá, consideramos apenas prestações de facto.

O consenso em torno destes casos, ou da sua maioria, é que o princípio do sinalagma não vale plenamente, não se podendo simplesmente fazer valer o art. 795.º/1. O credor, apesar de não ter beneficiado nada com a prestação, que parece que nunca chega a ser realizada, tem de pagar alguma coisa ao devedor. Se não toda a contraprestação acordada, com os eventuais descontos dos arts. 795.º/2 e 815.º/2, pelo menos alguma coisa que impeça o devedor de ficar com os custos que já suportou. Não é consensual, todavia, aquilo que o credor deve pagar, e não são consensuais, sobretudo, os argumentos para esse pagamento. Por que é que o credor deve pagar alguma coisa? Por que motivo não se aplica simplesmente o art. 795.º/1?

A discussão focou-se, na Alemanha e até aos anos 1960 ou 1970, na questão do «conceito de impossibilidade» e, portanto, em saber se estes casos «são de impossibilidade» ou não. A partir dos anos 70, desenvolveu-se um consenso de que os casos são mesmo de impossibilidade, mas o consenso não abrangeu a *questão prática* de determinar aquilo que o credor tem de pagar ao devedor. As soluções variam e, sobretudo, variam conforme os *tipos de contratos* em especial que regulem o caso. As regras (alemãs) da prestação de serviços em geral não são as mesmas que vigoram para o contrato de empreitada, e não houve até hoje uma redução substancial da complexidade dogmática que esclarecesse eventuais razões de justiça para uma solução ou outra.

Assim, continua em aberto a *questão do fundamento de justiça* das soluções. As teses sobre o problema conceptual (é impossibilidade?) foram acompanhadas de tentativas de traduzir a razão de ser das soluções. Há algum consenso no sentido de que a *origem da impossibilidade na esfera do credor* é o elemento que afasta o funcionamento simples do princípio do sinalagma (e o art. 795.º/1), mas ainda falta encontrar o princípio de justiça que justifique isso. Também falta delimitar exactamente o que é a «esfera do credor».

A questão prática, tal como discutida em Portugal, situa-se entre duas soluções extremas: ou o credor paga *toda a contraprestação, apenas com os descontos* dos arts. 815.º/2 e 795.º/2, ou seja, o desconto dos benefícios obtidos com a exoneração; ou então paga *as despesas que o devedor tenha tido*. Assim, se um prestador de serviços iria gastar 500 € de produtos consumíveis, além do seu trabalho, em troca de uma remuneração de 1000 €, e a prestação se tornou impossível quando ele já tinha gasto 300 €, mas não mais do que isso, a tese da contraprestação com descontos conclui que ele deve receber agora 800 € (1000 – 200 poupados). A tese das despesas entende que ele deve receber apenas os 300 € que gastou. Intermédia entre as outras duas é, p. ex., a tese do pagamento *proporcional ao trabalho e às despesas suportados*. Neste exemplo, admitindo que o trabalho se tenha desenvolvido ao mesmo tempo que os gastos, ele teria de receber 600 € (porque  $500/1000 = 300/600$ ).

Em Portugal, ainda sobra *a questão legal*, ou seja, a de saber quais os preceitos legais em que pode apoiar-se a solução prática. Os principais candidatos, normalmente a aplicar por analogia, são os arts. 468.º/1 (reembolso ao gestor de negócios), 795.º/2 (impossibilidade imputável ao credor), 815.º/2 (impossibilidade durante a mora do credor) e 1227.º (impossibilidade de empreitada em curso). Não devemos excluir à partida, no entanto, uma solução de fundamentação geral que torne desnecessário invocar um preceito legal especificado. A procura incessante de *um* fundamento legal em questões tão polémicas, sem decisões claras do legislador, tem um elemento formalista e estéril que não deve ser incentivado. Além disso, outras regras legais além das indicadas devem contribuir para uma boa solução.

Teríamos então quatro questões para resolver: a questão conceptual, a questão do fundamento substancial, a questão legal e a questão prática. Na verdade, só vale a pena autonomizar a questão conceptual. As outras vão consideradas em conjunto. A solução prática tem de ser bem fundada, e a lei, no caso, não é obstáculo à melhor fundamentação (nem às piores).

Defendemos adiante que os casos perplexos de impossibilidade devem ser resolvidos pela obrigação de o credor *remunerar o devedor* (realizar a contraprestação) *na proporção do desperdício de trabalho e de tempo* da pessoa (ou pessoas) e dos bens do devedor destinados ao cumprimento, com pagamento ainda das *despesas suportadas*, adequadas à relação, que não estejam já «incluídas na remuneração» do trabalho prestado, como melhor explicaremos depois.<sup>69</sup> A solução tem apoio

---

<sup>69</sup> A noção de despesas «incluídas na remuneração» é dos códigos alemão e suíço. Cf. *infra*, na última subalínea do ponto 4/c, ca. nn. 126 ss.

legal no art. 1227.º, embora este exija primeiro uma interpretação cuidada que revele o seu sentido no quadro do próprio problema dos casos perplexos, da história do preceito e dos elementos de comparação com regras semelhantes de ordens jurídicas próximas. A fundamentação de justiça (substancial) situa-se na confluência de um pensamento de *materialidade* com a de *responsabilidade primária* das esferas jurídicas, no âmbito do *princípio do sinalagma*. Para casos em que não haja impossibilidade, defendemos com fundamentação essencialmente idêntica o efeito da exoneração do devedor, também em proporção ao desperdício ocorrido e com natural direito à respectiva contraprestação.

## b) A questão conceptual

### A pacificação da Alemanha e o momento *nonsense* de Baptista Machado

A «pacificação da Alemanha» ocorreu efectivamente no que toca ao enquadramento conceptual dos casos perplexos. Estes *são* casos de impossibilidade, segundo *consenso hoje estabelecido*.<sup>70</sup> Se desapareceu o *substrato* que o credor devia fornecer – a casa para pintar, o auditório para tocar, o muro para demolir – e em que o devedor realizaria a prestação, então não é possível fazer aquilo a que o devedor se tinha obrigado. Se o navio se afundou ou voltou a navegar devido a uma tempestade, então não é possível desencilhá-lo conforme o dono do rebocador se obrigara. Se o cliente de um cruzeiro não apareceu até à hora limite de partida e o cruzeiro justificadamente partiu, então já não é possível levar o cliente naquela viagem ou, pelo menos, é definitivamente justificado não o levar. Todos estes casos são de impossibilidade ou de não cumprimento definitivo justificado equiparável a impossibilidade (conforme a aplicabilidade a outros casos dos equivalentes aos arts. 790.º ss.<sup>71</sup>). A palavra «substrato» (o substrato da prestação) é muito usada neste contexto para se referir ao bem, frequentemente do credor, sobre o qual a prestação seria realizada pelo devedor, ou que de outra forma é necessário à prestação (p. ex., o auditório onde se cantará), ou ainda que torna útil a prestação (p. ex., o automóvel onde será instalada uma peça que se comprou).

---

<sup>70</sup> Cf. M.<sup>a</sup> L. Pereira, *Conceito*, 11-15, N. Pinto Oliveira, 510-514, C. Monteiro Pires, *Impossibilidade da Prestação*, cit., 329-348, R. Schwarze, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 3.<sup>a</sup> ed., de Gruyter, 2022, 135-137 e 150-152.

<sup>71</sup> É importante reter, contra certos entendimentos dos arts. 790.º ss., que estes preceitos são perfeitamente aplicáveis a situações análogas (a mais óbvia das quais é a contrariedade à lei).

Perante a estabilização do enquadramento conceptual destas figuras no país que esteve na origem de todas as complicações do conceito de impossibilidade, não há razão cultural para se manter entre nós a dúvida sobre se os casos caem ou não neste conceito. Num país, como o nosso, em que «a fidelidade da tradução é critério de verdade»,<sup>72</sup> seria estranho manter-se uma discussão de conceitos para lá da fonte dos conceitos em causa. Seria anacrónico.

O importante a reter é que a afirmação de que os casos perplexos são casos de impossibilidade *em nada impede que se lhes encontre uma solução ou outra*. A afirmação de que os casos são, ou não são, de impossibilidade é *indiferente*, perante a lei que temos e as vias de fundamentação substancial, para a sua apreciação prática. Todas as hipóteses ficam em aberto. Reconhecer que os casos são de impossibilidade contribui é para a simplicidade com que falamos desta matéria. As infinitas confusões que o conceito de impossibilidade gerou na Alemanha não devem ser mantidas num contexto em que isso não é necessário.

As fórmulas que se tentou usar para distinguir os casos perplexos de uma «impossibilidade em sentido restrito» são exercícios terminológicos improfícuos de desvio da linguagem corrente. Assim, p. ex., não há motivo para distinguir entre uma «impossibilidade de prestar» e uma «impossibilidade de cumprir»,<sup>73</sup> porque em ambas as hipóteses é impossível realizar a prestação. Também não vale a pena distinguir entre «o devedor [e toda gente] estar impedido de prestar»<sup>74</sup> e «não ser possível realizar a prestação». E não deve distinguir-se entre uma «possibilidade abstracta» de prestar e uma «possibilidade concreta», porque o devedor se obrigou a prestar «em concreto», e não apenas a realizar uma qualquer prestação daquele tipo.<sup>75</sup>

A tese de que os casos perplexos não seriam casos de impossibilidade conduzia ainda ao resultado de se aplicarem «por analogia» as regras da impossibilidade a casos que, em qualquer descrição comum, são de impossibilidade. Os casos *caem na letra* dos preceitos e, ainda assim, as regras seriam aplicadas «por analogia». Ninguém duvida de que os casos perplexos se sujeitam aos arts. 790.º, 791.º, 792.º, 793.º e 794.º, só cabendo hesitar quanto ao art. 795.º/1 e /2.<sup>76</sup> Estas dúvidas, contudo, não justificam o esvaziamento de um conceito simples. Aliás, dos mais simples que há. O art. 790.º, em especial – que determina que a impossibilidade

<sup>72</sup> Expressão crítica de J. de Oliveira Ascensão, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Ed., 4 vols., 1992 a 2002.

<sup>73</sup> J. Baptista Machado, «Risco», cit., 272.

<sup>74</sup> Cf. A. Taveira da Fonseca, *Teoria*, cit., 178-179.

<sup>75</sup> Cf. a crítica de J. Antunes Varela, *Das Obrigações*, vol. II, 76-77.

<sup>76</sup> Também se pode hesitar quanto ao art. 793.º/2.

exonera o devedor –, não pretende ser justificado senão com recurso à ideia de impossibilidade, tem subjacente toda a história de que não há deveres de fazer o impossível, e aplica-se naturalmente aos casos perplexos.<sup>77</sup>

Com todo o respeito pela enorme obra de J. Baptista Machado e pelos seus contributos notáveis em diversas áreas jurídicas, a incluir a nossa disciplina do direito da obrigação, a sua recusa de incluir os casos perplexos na impossibilidade é particularmente infundada e um verdadeiro momento de *nonsense* teórico: o autor defendeu que os casos perplexos *não* seriam de impossibilidade para lhes aplicar, afinal, *todo o regime da impossibilidade e apenas o regime da impossibilidade*, incluindo o art. 795.º/1 (o credor fica desobrigado da contraprestação) e ainda o art. 1227.º (o credor dono da obra deve «indemnizar» pelas despesas e pelo trabalho feito). O art. 1227.º também prevê a impossibilidade na sua letra e no seu espírito: «se a execução da obra se tornar impossível...».<sup>78</sup> Não é inteligível uma argumentação no sentido de que os casos «não são de impossibilidade» para a seguir os sujeitar sempre e só ao regime da impossibilidade.

### Oertmann, Rabel e outros agitadores

Também devem ser criticados, no entanto, os autores que defenderam um «conceito alternativo» de impossibilidade ou *de prestação* para dar aos casos perplexos um regime diferente do da impossibilidade. O caso mais notório é o de Paul Oertmann, que, no início do séc. XX, defendeu que os casos perplexos – não, evidentemente, com esta designação – *seriam casos de mora do credor*, porque a «prestação» e, conseqüentemente, a «impossibilidade» não incluiriam (a falta d)os actos necessários da parte do credor. A «possibilidade de prestar» seria «abstracta», e não «concreta», por não incluir a parte que cabe ao credor. Segundo a «teoria da abstracção», existiria impossibilidade se, «abstraindo da cooperação do credor», o devedor não estivesse definitivamente em condições de prestar, e haveria mora do credor nos demais casos, mesmo que o impedimento fosse definitivo. Daí decorreria, nos nossos casos, uma aplicação directa do equivalente ao art. 815.º/2 (o credor ficaria obrigado à contraprestação)<sup>79</sup>. Os estudos de Oertmann, mesmo que não

<sup>77</sup> Cf. M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito*, 47-86, e P. Múrias, «A Unificação das Impossibilidades», RDES, vol. 56/4 (29 da 2.<sup>a</sup> Série), 2015, 129-199 (166-170).

<sup>78</sup> J. Baptista Machado, «Risco», 340 ss., seguido ainda hoje por Brandão Proença, *Lições*, 246-249, e A. Taveira da Fonseca, *Teoria*, 178-179.

<sup>79</sup> Em diversos estudos, designadamente, Oertmann, «Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug», AcP, vol. 116/1, 1918, 1-50.

concordemos com as conclusões, têm o maior interesse, em especial pela ligação dos casos perplexos e da mora do credor à ideia de uma «responsabilidade pela própria esfera jurídica» e, dentro desta, pelo substrato da prestação, e pela demonstração da proximidade entre certos casos de impossibilidade causada pelo credor com atraso e sem atraso no cumprimento (os primeiros são de mora do credor).

O que se deve criticar agora é a *metodologia* seguida pelo autor, que passou por *redefinir* o conceito de impossibilidade (através do de prestação) para um efeito jurídico concreto.<sup>80</sup> Ora, a postura metodologicamente mais adequada, num confronto franco com a letra da lei, é a de defender uma *interpretação restritiva* no regime da impossibilidade – ou seja, negar a aplicação do art. 795.º/1 em toda a sua letra –, e não a de imputar à lei e recomendar à doutrina um conceito de «impossibilidade» que não foi pretendido pelo legislador nem corresponde ao sentido intelectual geral da palavra. A mudança de conceito, por outras palavras, *não é necessária* a qualquer das soluções defendidas. Os casos são genuinamente difíceis, a lei não tomou nenhuma posição, e os intérpretes podem assumir o afastamento ou completamento do art. 795.º/1 sem necessidade de reviravoltas conceptuais.

Já se situa num plano diferente quem, como Ernst Rabel, em 1907, empreende uma crítica legislativa (do BGB) assente na história das ideias jurídicas e na contestação da «doutrina geral da impossibilidade» desenvolvida em terras alemãs nos finais do séc. XIX. Neste seu estudo clássico,<sup>81</sup> Rabel afirma que os casos de «obtenção do fim» por via diversa do cumprimento não são, nem nunca foram, casos de impossibilidade.<sup>82</sup> O autor não comete um erro metodológico como o de Oertmann e de teses como a de Baptista Machado, visto que se trata de uma crítica à opção legal no plano terminológico e prático. A verdade, contudo, é que as suas objecções gerais à «doutrina da impossibilidade», embora com diversos pontos justíssimos,<sup>83</sup> contribuíram para dificuldades escusadas com o conceito. Mais uma vez, a lei podia perfeitamente regular os casos perplexos dentro da impossibilidade fazendo a devida

---

<sup>80</sup> Assim, M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito*, 56-57 e 88-90, aqui em crítica directa à posição de Baptista Machado.

<sup>81</sup> E. Rabel, «Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch», publicado no *Festschrift* de E. I. Bekker, 1907, em separata.

<sup>82</sup> *Loc. cit.*, 56, citando o próprio Oertmann (num estudo anterior ao que referimos) e uma série de autores do séc. XIX. Surge uma referência aos casos perplexos em geral na n. das pp. 52-53, em que se sugere que «as principais dificuldades resultam do facto de se centrar a atenção na impossibilidade causada pelo credor, e não nas razões do impedimento e no conhecimento que as partes têm delas».

<sup>83</sup> Em especial, a crítica à distinção de regime entre impossibilidade originária e superveniente. Pelo contrário, a aproximação que Rabel defendeu entre a impossibilidade e a onerosidade excessiva foi elemento de confusão sem grande proveito.

restrição ao art. 795.º/1. Não há problema nenhum no conceito legal de impossibilidade; o problema só reside nas consequências práticas e sua fundamentação.

Há ainda que referir a tese de Picker, dos anos 80, nos termos da qual *não haveria alternatividade* entre impossibilidade e mora do credor, podendo as duas ocorrer em simultâneo num caso. Em termos práticos, a consequência seria que, quando uma prestação se tornasse definitivamente impossível devido à falta de cooperação do credor, seria aplicável o art. 815.º/2 (ou o ser equivalente noutros países), mantendo-se o direito à contraprestação.

A proposta de Picker tem a vantagem de não encurtar os conceitos de prestação ou de impossibilidade, apenas alargando o de mora do credor. Tem ainda o mérito de acentuar a inegável diferença entre a duas moras, a do credor e a do devedor. No entanto, também Picker faz alguma manipulação conceptual. A mora do credor supõe, tal como a do devedor, a «recuperabilidade da prestação». Apesar de o art. 813.º não usar uma fórmula tão clara como do art. 804.º/2 («prestação, ainda possível»), a mora ainda tem aí o sentido corrente de mero atraso de alguma coisa que ainda pode ser feita posteriormente. O legislador exprimiu-se bem e só tinha em vista estes casos. Toda a disciplina assenta no pressuposto de que a prestação ainda pode ser realizada. O próprio art. 815.º/2, cuja aplicação directa é o objectivo principal da tese da não alternatividade dos institutos, requer que a impossibilidade definitiva ocorra quando o credor *já* se encontra em mora («estando em mora»).

## O caos dos fins e o resultado prestatório

O que sucedeu na Alemanha nas décadas posteriores a Rabel e Oertmann – com repercussões até hoje em Portugal e noutros países – foi o desenvolvimento caótico de distinções sobre o «fim» da prestação, cujas perturbações supostamente não seriam casos de impossibilidade e admitiriam soluções diversificadas. Quanto às soluções, não há dúvida de que há dúvidas; o problema foi a introdução da ideia clássica de *fim* em lugares que não deixam ver bem *o conteúdo da obrigação, i.e.*, a prestação.

Assim, passou a distinguir-se na Alemanha entre os casos de «obtenção do fim sem cumprimento», «desaparecimento do fim» e «frustração do fim», todos estes na categoria mais ampla das «perturbações do fim» da prestação. Em lugar do «fim da prestação», alguns autores referiram-se ainda ao *interesse do credor*, por vezes ao «interesse primário» ou «interesse contratualmente reconhecido» do credor.<sup>84</sup>

<sup>84</sup> Dentro da figura mais ampla das «perturbações do fim», mas a «frustração do fim» propriamente alemã enquadra-se na alteração das circunstâncias, e não nos casos perplexos. Cf. C. Monteiro Pires, *Impossibilidade*, 348-366. Os termos alemães incluem *Zweckerreichung* («obtenção do fim [por via

Os casos da «*frustração do fim*», no entanto, foram reconhecidamente afastados da teoria da impossibilidade e dos casos perplexos, integrando-se na matéria da alteração das circunstâncias ou «desaparecimento da base do negócio», como se diz naquele país. A razão é que, ao contrário do que sucede no art. 437.º, só nos casos perplexos o «fim» perturbado é um *fim interno* da prestação. Pelo contrário, na alteração das circunstâncias estão em causa fins exteriores, cuja relevância decorre apenas da boa fé.

Bem se vê que as teses do «fim» envolvem uma confusão de conceitos, porque entre o «fim interno» e os «fins exteriores» há a diferença enorme entre aquilo que *foi ou não foi contratado*. Há, melhor dizendo, a diferença enorme entre *o conteúdo* da obrigação e do crédito, com todo o regime próprio dos direitos e vinculações, e, por outro lado, as circunstâncias exteriores que relevam apenas no seio «excepcional» da boa fé e que podem constituir «fins» da obrigação. Estas décadas de dogmática alemã prescindiram indevidamente do conceito de *resultado prestatório*, ou *resultado definidor da prestação*, que é um elemento da prestação e cuja não ocorrência causada pelo devedor, nas obrigações de resultado, é, *ipso facto*, uma forma de não cumprimento. Se o resultado prestatório é impossível ou se é impossível ele ser causado pelo devedor, em ambos os casos há impossibilidade da prestação.<sup>85</sup> Se for só um fim exterior, os problemas não são de casos perplexos nem situações semelhantes às de impossibilidade.

Em vez de notar que a prestação, nas obrigações de resultado, é definida pela causação do resultado, os autores hesitaram numa discussão estéril sobre se seria devido «o resultado da prestação» (*Leistungserfolg*) ou apenas «a acção de prestação» (*Leistungshandlung*). Na verdade, é devida a *causação* do resultado prestatório, que é uma acção, mas que se descreve e identifica (define) pelo seu resultado posterior. Nas obrigações de meios, é devida apenas a tentativa adequada dessa causação, de modo que pode haver cumprimento sem verificação do resultado. Em ambos os casos, é devida uma acção.<sup>86</sup> Simplesmente, os casos perplexos, na sua grande maioria, são de impossibilidade, sendo o resultado prestatório, numa obrigação de resultado, impossibilitado pela esfera do credor. Não é apenas um «fim» da prestação que é atingido.

---

diversa do cumprimento]»), *Zweckfortfall* ou *Zweckverfehlung* («desaparecimento do fim», «supressão do fim»), *Zweckvereitelung* («frustração do fim») e *Zweckstörung* («perturbação do fim»), o termo genérico, numa terminologia demasiado variada. Cf. tb. M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito*, 11-27.

<sup>85</sup> Ao resultado prestatório chamámos também «resultado definidor da prestação». Cf. os textos citados na n. seguinte.

<sup>86</sup> Cf. M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito*, 191, e M.<sup>a</sup> L. Pereira/P. Múrias, «Obrigações de Meios, Obrigações de Resultado e Custos da Prestação», *Centenário Paulo Cunha*, Almedina, 2012, 999-1018 (artigo redigido em finais de 2007).

Entretanto, a doutrina alemã estabilizou a partir de um estudo de 1965 do grande historiador do direito, também privatista, Franz Wieacker, cujo prestígio certamente contribuiu para apaziguar as opiniões no seu país. Wieacker sustentou que «a realização do interesse do credor contratualmente prometido através da acção de prestar do devedor» é um conceito de prestação perfeitamente lógico, compatível com a ideia, na nossa maneira de dizer, de que, embora a prestação seja um tipo de acção, o resultado prestatório é seu elemento. O resultado prestatório não é, portanto, um mero «fim». <sup>87</sup> Curiosamente, na mesma época, alguns estudiosos da filosofia da acção, sem relação imediata com o direito, assentaram também que uma acção pode ser *descrita* através dos seus resultados sem deixar de ser apenas uma acção, um comportamento de uma pessoa. <sup>88</sup>

Ao caos dos «fins» sucedeu-se uma estabilização doutrinal que temos de prosseguir. O conceito de impossibilidade, que deve manter-se descomplicado, não nos diz é nada sobre como devem ser resolvidos os casos perplexos.

### c) Tentativas de fundamentação

#### Alargar os casos perplexos à custa da culpa do credor, e não vice-versa

Uma tese pensável para resolver os casos perplexos é a de enquadrá-los no art. 795.º/2, afirmando que, se a impossibilidade é causada pela esfera jurídica do credor, então ela é ainda «imputável» ao credor no sentido deste artigo. Em consequência, o credor deveria pagar a totalidade da contraprestação, apenas com os descontos que o art. 795.º/2 reconhece. É essa a posição de N. Pinto Oliveira, na sequência de alguns autores alemães. <sup>89</sup>

<sup>87</sup> Cf. F. Wieacker, «Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht», *FS Nipperdey zum 70. Geburtstag*, vol. I, Beck, 1965, 783-813. O mais importante livro de Wieacker é a *História do Direito Privado Moderno*, 2.ª ed., trad. A. M. B. Hespanha da 2.ª ed., FCG, 1993 (1967).

<sup>88</sup> Cf. o estudo fundador de G. E. M. Anscombe, *Intention*, reimp., Harvard Univ., 2000 (1957), *passim*, esp.º 37 ss., e os primeiros ensaios de D. Davidson, *Essays on Actions and Events*, 2.ª ed., Clarendon, 2001 (1963-1985).

<sup>89</sup> Cf. N. Pinto Oliveira, *Princípios*, 514-516, com apreciação crítica por C. Monteiro Pires, *Impossibilidade*, 748-752. Em sentido semelhante, para os equivalentes alemães, cf. V. Beuthien, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, Mohr Siebeck, 1969, um livro que também contribuiu decisivamente para a boa evolução da doutrina alemã. Há um antecedente em W. Sigel, *Der Gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, Metzlerscher, 1903. Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. VI, 365, atribui o «risco de frustração do escopo» ao credor numa linha semelhante. R. Lynce Faria, *A Mora do Credor*, 67, defende a aplicação do art. 795.º/2 apenas para os casos mais semelhantes à mora do credor, que consideramos nas páginas seguintes.

O argumento é essencialmente o seguinte: o art. 795.º/2 refere-se à impossibilidade «imputável» ao credor, tal como podia referir-se à «culpa» do credor. Contudo, esta impossibilidade da prestação não é, em sentido restrito, «culpa» do *credor*, porque *este não age ilicitamente* quando impede a satisfação do seu próprio direito, e não há culpa, nem imputação nesse sentido, sem haver ilicitude. O *devedor* age com culpa nas situações dos arts. 798.º, 801.º, etc., mas não o credor aqui. O mesmo se passa, aliás, na «culpa do lesado» (arts. 570.º ss.), que também não é culpa *stricto sensu*. Ora, diz N. Pinto de Oliveira, falta então preencher o conceito de «culpa» do credor para o efeito do art. 795.º/2, e ele deve abranger todos os casos em que a impossibilidade procede da esfera do credor, seguindo o consenso geral de que a esfera jurídica do credor – ou seja, a sua pessoa e os seus direitos – é um critério de imputação, aliás o critério que unifica a própria categoria dos casos perplexos.

O argumento de N. Pinto Oliveira é particularmente forte porque, nos casos em que o credor torna a prestação *impossível lesando bens do devedor* (p. ex., na obrigação do vendedor e noutras prestações de coisa, pela destruição das coisas), *mesmo sem culpa*, a solução tem de ser a mesma do art. 795.º/2, no seguimento dos raciocínios essenciais que acompanham os casos perplexos e que veremos a seguir. Dir-se-ia então que o art. 795.º/2 *nunca* depende de «culpa» no sentido de intenção ou falta de cuidado do credor.

O argumento não deve, porém, ser aceite, por duas ou três razões. A primeira é que *o próprio art. 795.º/2 tem um alcance duvidoso*, ressalvados os casos, que vimos, de impossibilitação com lesão de bens do devedor. Mesmo quando o credor age com culpa, mas isso não lesa o devedor, a não ser por fazê-lo perder a contraprestação, a própria interpretação do art. 795.º/2 sugere a intervenção de critérios mais flexíveis, para evitar uma colisão excessiva com o princípio do sinalagma, as intuições de justiça, as práticas sociais e diversas indicações legais que vimos. Mesmo com culpa do credor e mesmo, na verdade, quando a impossibilitação é intencional, desde que razoável e respeitante da boa fé (cf. o caso, *supra*, do cavalo fugido que regressa por causa do tufo de serralhas), parece uma solução extrema obrigar o credor a pagar toda a contraprestação por um trabalho que não recebeu, nem teve inconvenientes para o devedor. Essas situações é que devem ser aproximadas dos casos perplexos, em vez de sujeitar estes às reticências que considerámos.

A segunda razão consiste em que, independentemente do exacto conceito de culpa no art. 795.º/2, sempre haverá que fazer uma distinção entre os *actos voluntários* do credor, sejam intencionais ou apenas descuidados, e os *factos que decorrem da sua pessoa ou dos seus bens*, mas não da sua vontade. A vontade, os exercícios de liberdade é que são o critério fundamental de imputação para todos os efeitos na nossa ordem jurídico-privada. Seja a vontade que gera culpa em sentido próprio

(do devedor ou de um lesante extracontratual), seja a vontade atendível na culpa do lesado e no art. 795.º/2. Os actos voluntários, intencionais ou descuidados, são abrangidos na previsão do preceito. Para incluir outras situações no artigo seria necessário *um novo argumento* substancial. Um argumento, aliás, suficientemente forte para ultrapassar a intuição de justiça quanto aos casos perplexos, muitos dos quais *não* parecem reclamar a solução drástica do art. 795.º/2.

Uma terceira razão é que a culpa propriamente dita do credor dá muitas vezes ao devedor um crédito indemnizatório pelo qual este pode optar em alternativa a receber a contraprestação sem realizar a sua prestação. É assim no caso do art. 547.º/2.<sup>a</sup> e nalgumas outras hipóteses que considerámos antes. Portanto, em rigor, os casos de culpa sempre têm um regime diferente, mesmo nos tipos de casos em que o devedor tem direito à contraprestação completa por uma perturbação devida à esfera do credor mas sem culpa deste.

### **Nos casos perplexos não se sacrificam subdireitos do devedor, mas**

Também não há motivo suficiente para reconduzir os casos perplexos aos princípios da mora do credor e à solução do art. 815.º/2 (pagamento da contraprestação pelo credor), como defendeu Oertmann.<sup>90</sup> Subjacente à mora do credor está o raciocínio de que a posição do devedor não pode ser agravada pelo atraso devido ao credor, ou seja, a ideia de que o sacrifício dos subdireitos do devedor, que consiste em manter-se a obrigação apesar do atraso, não pode reverter em prejuízo do sujeito sacrificado que estava pronto para cumprir. Isso não acontece nos casos perplexos. A impossibilidade surge sem decorrer de um atraso e quando podia faltar muito tempo para a obrigação ser solúvel (pagável). Não há, em termos gerais, comparação com as situações da letra do art. 815.º/2. É certo que também nos casos perplexos o problema tem origem na esfera do credor, como quando há mora deste. Mas a esfera do credor não transgride nem sacrifica direitos ou subdireitos do devedor, apenas faz desaparecer a obrigação por impossibilidade.

Apesar disso, *alguns casos perplexos são extremamente semelhantes a casos de mora do credor*, e isso deve fazer-nos pensar em aproximar as soluções das duas figuras, ou seja, serve como argumento, ainda que não decisivo, para aplicar o art. 815.º/2 aos casos perplexos. Assim, e por exemplo:<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Cf. a n. 79, *supra*. Entre nós, F. Cunha de Sá, «Direito ao Cumprimento», cit., embora com restrições em direcção a uma solução, defendida por K. Larenz, menos exigente para o credor.

<sup>91</sup> Os exemplos são de M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito*, 285, mas a contraposição deste género de hipóteses na doutrina é antiga, como nota a autora aí e 213-214.

- i. Caso de mora do credor com impossibilidade provinda da sua esfera. Um pintor, Dev, promete pintar o retrato de Cré numa certa sessão de pose, fixando-se o dia e hora do trabalho. *Cré é internado antes disso por doença súbita, falta depois à sessão e morre mais tarde* devido à doença.
- ii. Caso de mora do credor com impossibilidade provinda da esfera do devedor: situação idêntica à anterior, mas Cré vem a curar-se. Pouco antes de ele estar em condições para a sessão, *Dev é vítima de um acidente e fica definitivamente incapacitado*.
- iii. Caso perplexo: situação semelhante à primeira, mas *Cré falece antes da data* da sessão.

Foi defendido por diversos autores, incluindo M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, que a solução deveria ser a mesma em todos estes casos, tendo o credor de pagar a contraprestação numa solução análoga à do art. 815.º/2. Apenas com os argumentos considerados até aqui, no entanto, também é defensável a tese de que o credor só suporta o risco de ter de pagar a contraprestação sem receber a prestação a partir do momento em que o devedor ofereça a dita prestação estando pronto para realizá-la, conforme os requisitos da mora do credor. Há um lugar paralelo nas prestações de coisa: nestas, a transferência do risco só ocorre com o *momento, relativamente arbitrário*, em que as partes acordaram que se daria o cumprimento<sup>92</sup> ou, pelo contrário, com a mora do credor. Talvez semelhante elemento de arbitrariedade seja igualmente aceitável para fazer a fronteira entre o regime da mora do credor e o dos casos perplexos. Além disso, são pensáveis soluções intermédias, designadamente por eventual interpretação restritiva do próprio art. 815.º/2.

Nos exemplos anteriores da sessão de pintura, a passagem do prazo sem cumprimento só gerava mora. Noutro tipo de casos, grande parte da doutrina entende que o devedor fica exonerado de prestar mais tarde (por o prazo da prestação ser fixo) e que o credor tem de pagar a contraprestação se faltar no momento próprio por qualquer motivo seu. Assim, p. ex., nas «prestações de massas»: o cliente que compra bilhete para uma sessão de cinema ou teatro e falta à sessão não tem direito à restituição, e também o aluno que falte à hora da aula na sua escola paga, ou o cliente de um cruzeiro. Alguns autores falam aqui de «não exercício definitivo» do direito pelo credor.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> Cf. a diferença entre o regime das obrigações de envio e nas obrigações de levar.

<sup>93</sup> As divergências na doutrina, apesar de algum consenso na solução, são significativas quanto ao enquadramento. Cf. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 78-79 e 163, Baptista Machado, «Risco», 299-304, L. Menezes Leitão, *Obrigações*, 238-239, M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito*, 191-217, e J. C. Brandão Proença, *Lições*, 262 (em nota), A. Taveira da Fonseca, *Teoria*, 180-182.

Estes são os casos perplexos que mais parecem justificar uma solução igual à do art. 815.º/2.

Deve ter-se em mente uma hipótese de analogia com regras do direito laboral: o trabalhador não perde o direito ao salário por alguma condição da esfera jurídica do empregador o impedir de prestar o seu trabalho. É difícil justificar uma analogia para o direito civil de soluções laborais que beneficiem o trabalhador, mas o paralelo não deixa de ter algum significado.

### Superficialidade da distinção entre obrigações de meios e de resultado

Quando os casos perplexos são mais parecidos com situações de mora do credor, incluindo diversas situações de termo aparentemente fixo para a prestação (que acabamos de ver), é mais comum na doutrina defender-se que o credor deve pagar a totalidade da contraprestação. Nessas situações, é comum o devedor estar obrigado a uma *prestação de serviços em sentido restrito* (dar uma aula, levar num cruzeiro, projectar um filme, fazer um exame clínico, etc.), e não a uma *empreitada* (consertar um automóvel ou outro brinquedo, construir ou demolir um edifício, etc.).

Por causa disso, alguns autores entenderam que, nas prestações de serviços *stricto sensu*, em geral, os casos perplexos dariam lugar ao pagamento completo da contraprestação. Na empreitada, pelo contrário, o credor apenas teria de compensar o devedor pelos gastos suportados na preparação da prestação, ou no máximo também pelo trabalho realizado. No código alemão, a diferença de regime tem assento na lei, no confronto entre os §§ 615 (prestação de serviços) e 645 (empreitada), de que falamos a seguir. No código português, há um artigo com semelhanças ao § 645 BGB, o art. 1227.º, mas não há artigo semelhante ao § 615. O problema é que não se tem conseguido *justificar* por que motivo o regime há-de ser diferente nos dois tipos contratuais. Seja uma prestação de serviços *stricto sensu* ou uma empreitada, o devedor pode ter suportado o mesmo tipo de custos, ou outras consequências adversas que não sejam custos, em ambos os casos para cumprimento das suas obrigações, que seriam remuneradas.<sup>94</sup> O que ainda hoje deixa perplexa a doutrina alemã é que o respeito pelas soluções legais, nestes e noutros casos, não conduz a um critério geral razoável de solução.<sup>95</sup>

Quando, pelo contrário, há um contrato de trabalho – como referimos no fim da subalínea anterior –, que na Alemanha é apenas uma modalidade da prestação

---

<sup>94</sup> Cf. P. Múrias / M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, «Obrigações de Meios», *passim*.

<sup>95</sup> Cf. R. Schwarze, *Recht der Leistungsstörungen*, 648-658.

de serviços *stricto sensu*, razões específicas do direito laboral podem servir para proteger o trabalhador. Mas nas restantes prestações de serviços não é assim.

Alguns autores sugeriram que o cerne da distinção estaria na oposição entre obrigações de meios e obrigações de resultado.<sup>96</sup> A empreitada gera uma obrigação de resultado, enquanto muitas prestações de serviços geram obrigações de meios (apesar da letra do art. 1154.º).

Na verdade, o problema dos casos perplexos *manifesta-se de maneira diferente nas obrigações de resultado e nas de meios*. Se o resultado prestatório se torna impossível e o devedor toma disso conhecimento no decurso da sua actividade, então, nas prestações de meios, o trabalho já feito constitui cumprimento (foram actos adequados ao resultado), e tem de ser pago, com total respeito do princípio do sinalagma (p. ex., à pago hora). Numa obrigação de resultado, ao invés, a mesma impossibilidade impede que tenha havido cumprimento algum, e o art. 795.º/1 diria que não há contraprestação a pagar. Nas obrigações de meios, portanto, são comuns as situações em que a impossibilidade do resultado prestatório, devida ou não à esfera do credor, não leva *nem à desprotecção do devedor, nem ao desrespeito do princípio do sinalagma*. Nas obrigações de resultado, pelo contrário, a tensão entre os dois factores é normalmente inevitável.

Contudo, o problema dos casos perplexos é o de dar alguma protecção ao *devedor contra o princípio do sinalagma*. As hipóteses surgem em obrigações de resultado, mas também em obrigações de meios, como são vários dos casos antes indicados em que a impossibilidade ocorre *antes* de o devedor ter começado a cumprir e em que, portanto, não há cumprimento algum, nem sequer numa obrigação de meios, e o art. 795.º/1 também diria que não há nada a pagar. Os problemas ocorrem com prestações de meios e de resultado, mesmo quando são menos comuns nas primeiras, e a dificuldade de resolvê-los é igual nos dois casos.

## A perda do problema na gestão de negócios e na responsabilidade civil

Uma outra via de solução tenta justificar que, nos casos perplexos, o *devedor receba apenas pelos custos*, designadamente as despesas, suportados na preparação do cumprimento que nunca chega a ocorrer. O argumento segue aproximadamente esta linha: quando há impossibilidade da prestação, mas o devedor já tinha os preparativos em curso, *os actos do devedor e as suas despesas são realizados por conta do*

---

<sup>96</sup> Cf. a indicação e crítica de M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito*, 268-269 e 280, que seguimos aqui, sobre a posição de F. Nassauer (de 1978), mas que na verdade também ocorre noutros autores.

*credor*, no seu interesse e vontade presumíveis. Ora, extinguindo-se a obrigação por impossibilidade, desaparece o enquadramento normativo desses actos, e eles parecem tornar-se *equivalentes a uma gestão de negócios*, que também tem por pressuposto a actuação por conta de outrem (art. 464.º). Assim, o devedor teria de ser (apenas) reembolsado «das despesas que fundadamente tenha considerado indispensáveis [... e indemnizado] do prejuízo que haja sofrido» nessa actividade (art. 468.º/1).<sup>97</sup> O desenvolvimento da ideia poderia dar ainda uma remuneração ao devedor quando este fosse profissional, nos termos do art. 470.º.

Esta saída não é correcta, porque não presta atenção à relação prévia entre as partes e à especificidade dos casos perplexos. A gestão de negócios é, aproximadamente, um modo de constituição de relações alternativo à celebração de um contrato, com pressupostos comparáveis,<sup>98</sup> que enquadra a actividade do gestor na falta de outro enquadramento. Nos nossos casos perplexos, pelo contrário, vigorava entre as partes uma relação sinalagmática, em cujos termos o devedor estava obrigado a prestar, com certa distribuição de custos, e, se cumprisse, teria direito a uma contraprestação, não o tendo no caso contrário. A actividade do devedor estava devidamente enquadrada, não cabendo ver fora da relação estabelecida a actividade por conta de outrem que ele desempenhou. Não há, portanto, paralelo com a gestão de negócios.

Em consonância, a utilização do regime da gestão de negócios nos casos perplexos *perde a ligação ao problema específico destes*, que é o de a impossibilidade ser gerada pela esfera jurídica do credor, isto é, pelas suas coisas ou pela sua pessoa (ou pessoas). O regime da gestão de negócios não distinguiria e, se fosse aplicável nos casos perplexos, sê-lo-ia também em todas as situações de impossibilidade, mesmo que provindas da esfera do devedor ou de factores estranhos a ambas as partes. Para o regime da gestão de negócios, a origem da impossibilidade é indiferente. Como não se aplica a gestão de negócios nessas situações, também não se aplica nos casos perplexos.

Além disso a gestão de negócios levaria a soluções insatisfatórias. Pelo menos quando o devedor não é profissional, o reembolso *apenas das despesas* (468.º/1) deixaria desatendido o trabalho e o tempo (a sua «capacidade de prestar») consumidos pessoalmente ou através de auxiliares e bens, contra o que resulta das orientações que vemos de seguida. O regime geral da gestão de negócios aproxima a protecção do gestor da de um mandatário a título *gratuito* (cf. arts. 1158.º/1 e 1167.º/c), quando

<sup>97</sup> Cf. Antunes Varela, *Das Obrigações*, vol. II, 85. Solução idêntica foi considerada e recusada na doutrina alemã. Cf. M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito*, 97 (n. 237).

<sup>98</sup> Cf. P. Múrias, *AnAx*, 672-678.

os casos perplexos respeitam a relações sinalagmáticas. Por outro lado, a gestão de negócios concede o reembolso de *todas as despesas* adequadas (468.º/1), quando o devedor numa relação sinalagmática tem frequentemente apenas o direito à contra-prestação, mesmo que esta seja inferior às despesas que vieram a ser necessárias.

Parte do que vale para a tese da gestão de negócios vale também para a ideia de proteger o devedor através da responsabilidade civil (ou seja, de uma indemnização), designadamente da «responsabilidade pela confiança».<sup>99</sup> Tratando-se apenas de indemnizar pelos danos sofridos em função da confiança depositada pelo devedor no bom sucesso do seu contrato, talvez também não se compensasse o seu trabalho e tempo, não se teria certamente acesso a um pagamento proporcional da contra-prestação<sup>100</sup>, nem facilmente se distinguiria conforme a origem da impossibilidade. Por outro lado, os pressupostos amplos, indeterminados e «móveis» sugeridos pelas teorias da confiança («confiança», «justificação», «imputação» e «investimento») também deixam um sabor de fundamentação insuficiente.

## O caos dos riscos

Na doutrina dos casos perplexos, assumiram grande importância argumentos sobre diversos «riscos» que oneram as partes. Foram e são ainda frequentes as referências a «risco contratual», «risco da prestação», «risco da contraprestação», «risco de utilização» (ou «risco de emprego»), «esferas de risco», «risco do resultado», «risco do substrato», «risco da empresa», «risco de investimento» ou «risco de despesas». Para lá dos casos perplexos, surge por vezes a ideia geral de que as normas dos arts. 790.º a 797.º e 813.º a 816.º, não só impõem riscos às pessoas, como qualquer regra jurídica, mas também se justificariam em critérios de distribuição do risco e deveriam ser interpretadas e complementadas de acordo com eles. Como elas tratam sobretudo perturbações não devidas a culpa de nenhuma das partes, o seu tema seria «o risco». Para uma modalidade específica de obrigações, surgia o «risco de abastecimento».<sup>101</sup> Mas a invocação de argumentos de «risco» ocorre nos

<sup>99</sup> Ideia de M. Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança*, cit., 2004, 669-670, que reserva a solução para «pelo menos quando a perturbação do programa contratual não representa uma contingência exclusiva da esfera do devedor». C. Monteiro Pires, *Impossibilidade*, 756-758, opõe-se à aproximação do art. 795.º/2 e situações semelhantes à dogmática do *venire*, em oposição a C. da Frada.

<sup>100</sup> M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *A Indemnização de Despesas Inutilizadas na Responsabilidade Obrigacional*, Gestlegal, 2020, 38-39, acentua esta diferença entre o pagamento da contraprestação e uma indemnização de despesas.

<sup>101</sup> Tratava-se de enquadrar o equivalente alemão do *genus nunquam perit* (art. 540.º), que no antigo § 279 BGB tinha uma formulação deficiente. O preceito foi revogado em 2001.

âmbitos mais desvairados. Até para problemas de erro se chegou a falar de «risco da realidade»!<sup>102</sup> Afastamo-nos aqui desse tipo de argumentação.<sup>103</sup> A alusão teórica a riscos, bem como à incerteza e à probabilidade, é muito característica do séc. XX – nos séculos prévios, havia mais certezas... –, apesar de o tema do «risco» ser manifestamente anterior, mas várias dessas referências são insuficientemente rigorosas e não contribuem para o esclarecimento dos nossos problemas. E, assim como assim, já estamos no séc. XXI.

Algumas destas expressões são, naturalmente, úteis e com um sentido estabilizado no direito civil. É o caso de «*transferência do risco*» e «*responsabilidade pelo risco*», que designam institutos e não trazem dificuldades. Também os «*riscos próprios*» do art. 437.º são um conceito indeterminado com uma função metodológica comum.

Algumas outras, como «*risco da empresa*» e «*risco de investimento*», são úteis em usos cuidados, mas apontam para especialidades sociais que não condizem com as ambições generalizadoras do direito civil, mesmo numa matéria específica como a dos casos perplexos. Muitos destes não se prendem com empresas nem com «investimentos».

O «*risco da contraprestação*» é facilmente interpretado como um tipo de problema jurídico, sobre as condições em que o devedor perde o direito à contraprestação ou o credor se mantém obrigado a ela sem receber a prestação. É uma expressão inofensiva, salvo quando usada para designar a matéria da transferência do risco, que é mais ampla. Mas a sua utilidade é já duvidosa, porque as regras que lhe dizem respeito, como as dos arts. 406.º/1 e 795.º, não são explicadas pela referência a um risco. Elas não tratam, no seu sentido agora relevante, o problema *do risco* da contraprestação, mas sim o problema *da contraprestação*, segundo orientações claras como a vinculatividade dos contratos, o sinalagma e a culpa. Que vão riscos aí associados é uma consequência, e não uma parte do problema.

Continuando numa descida teórica, vemos que a expressão «*risco da prestação*» é ambígua e não tem utilidade visível. Pelo lado da ambiguidade, tanto se pode dizer que o «risco da prestação» é, em geral, *do devedor*, por este ter de suportar os custos imprevistos necessários ao cumprimento, quanto que tal risco é *do credor*,

<sup>102</sup> W. Flume, *Das Rechtsgeschäft*, 4.ª ed., 1992, referido por F. Oliveira e Sá, *A Influência*, n. 1106, que indica ainda autores portugueses que acompanharam a indicação germânica. Oliveira e Sá, contudo, faz uso da categoria («risco da realidade») em vários lugares da obra que referimos.

<sup>103</sup> Afastamo-nos, pois, de alguns argumentos de M.ª Lurdes Pereira, *Conceito*, 284-307, em especial na parte em que se adere à tese de E. Picker sobre o «risco do substrato» ou se sustenta uma solução geral no *casum sentit dominus*, embora nesse livro já se incluam diversas dúvidas (e aspas) quanto a vários dos «riscos» que referimos no texto e se censure a tendência para sobrecarregar os arts. 790.º e 795.º/1 com fundamentações espúrias (72-75 e 123-139).

porque este perde o direito à prestação em caso de impossibilidade, quanto que é *de ambos*, pois também o credor tem de suportar os custos imprevistos dos actos necessários da sua parte se quiser o cumprimento, quanto que, nas prestações de coisa, o risco é *do devedor até certo momento, passando depois ao credor*, pois os deveres de reparação ou substituição não respeitam a perturbações posteriores à transferência do risco. «Risco da prestação», portanto, não é uma expressão iluminadora, e as variantes que a sua ambiguidade permite também se limitam a descrever consequências de disposições como os arts. 406.º/1, 790.º e 796.º, não lhes acrescentando nenhum fundamento, antes contribuindo, no máximo, para as colorir com um exemplo do seu sentido prático.

### Continuação: «risco de utilização» e «risco do substrato»

Pensando directamente nos casos perplexos, cabe *diminuir a relevância*, e até o sentido, da afirmação muito generalizada de que *o credor tem o «risco de utilização» ou «risco de emprego»* da prestação. O que normalmente se pretende dizer com isto é que, cumprindo o devedor perfeitamente, o credor não pode exigir-lhe (mais) nada no caso de a prestação vir a revelar-se-lhe inútil ou mesmo nociva, nem deixa de dever a totalidade da contraprestação, salvo convenção adicional ou exigências da boa fé.<sup>104</sup>

Assim, p. ex., quem vende e entrega um cão numa compra e venda comum não deve nada ao comprador por este descobrir pouco depois que lhe custa muito passeá-lo ou que o seu filho está a desenvolver uma alergia ao pêlo dos cães. Quem termina uma empreitada de pintura não deve nada ao dono da obra, nem sofre nenhuma restrição no pagamento da contraprestação, por a casa ser destruída a seguir num tremor de terra. A um quarteto que dá um recital na festa de anos de alguém, não pode o anfitrião vir queixar-se de que adormeceu na altura por efeito inesperado de um medicamento. Nestes casos e em todos os outros que facilmente se concebem, o credor suporta o «risco de utilização» que se concretizou.

Estas soluções, contudo, não resultam de nenhum princípio autonomizável sobre riscos, mas da simples extinção das obrigações (não reiteráveis) com o cumprimento e, no que respeita à contraprestação, da satisfação do sinalagma (e porventura do *pacta sunt servanda*). O devedor cumpriu bem, está cumprido, tudo correu pelo melhor quanto a essa obrigação, e não há mais nada a tratar. Não se ganha nada com um discurso sobre riscos, salvo, mais uma vez, o ganho de colorir

---

<sup>104</sup> Quanto à convenção adicional, recorde-se a figura da «garantia voluntária». Um exemplo de exigência da boa fé é a possibilidade de o devedor prestar informações quanto à transformação da coisa para outros fins.

os exemplos para efeito pedagógico, podendo acrescentar-se que um mau negócio, em termos de riscos e custos, nem por isso é menos negócio (salvo convenção adicional ou atentado à boa fé).

O que deve ainda acrescentar-se, com os mesmos exemplos, é que é *rigorosamente incorrecta a tese de que só o credor suporta do risco de utilização*. Se o vendedor do cão, contente de início por ter menos uma boca a alimentar, vê que a matilha se foi desorganizando e tornando conflituosa devido à falta daquele cão, também não pode exigir nada ao comprador por causa disso (por a realização da prestação lhe ter depois gerado custos). Se o pintor contava mostrar aos potenciais futuros clientes a perfeição do seu trabalho naquela casa vistosa, e até fez um preço favorável para conseguir o contrato, tanto pior para si que a casa tenha ruído a seguir. Se o quarteto da festa contava com a presença de certo amigo chegado do aniversariante, com influência no mercado da música de câmara, mas o amigo não veio por estar engripado, ou se contava com uma ampla audiência como ensaio geral para outra apresentação no dia seguinte, mas afinal não estava quase ninguém e a acústica se ressentiu – azar do quarteto (salvo convenção ou boa fé).

*O devedor também suporta* o risco de a prestação não lhe dar as vantagens esperadas ou trazer mais custos. Isto, porque o devedor estava vinculado e, na melhor das hipóteses, só tinha direito a receber a contraprestação acordada. É assim nos contratos comuns em que cada parte trata dos seus interesses, e é-o ainda mais quando a prestação devida tem à partida um interesse comum ou social. Se António se obriga perante Bento a varrer a rua em que moram os dois, e varre-a mesmo, o risco de um vendaval no dia seguinte voltar a enchê-la de folhas é de todos os moradores e transeuntes por igual, António e Bento incluídos. Não vem ao caso algum princípio sobre riscos.

Assinale-se que, nalguns casos, o *mesmo tipo de evento* que torna o cumprimento inaproveitável para o credor pode, se for anterior, tornar impossível a prestação, prejudicando, em tal hipótese, o devedor, que perde o direito à contraprestação. Numa questão de dias, horas ou minutos, o «risco da prestação» pode transformar-se num «risco de emprego», o que torna claro que não há nada intrínseco ao tipo de evento que justifique que as suas consequências tenham de ser suportadas pelo credor. Sucede apenas que a ocorrência em momento *anterior impede o cumprimento*, com manifesta desvantagem para o devedor, que perde o direito à contraprestação, por muito trabalho e custos que já tenha despendido. E sucede que a ocorrência em momento posterior deixa intocado o *cumprimento realizado*, mantendo-se, *por isso*, a contraprestação com prejuízo do credor, que tem de pagar o que para ele não tem agora préstimo algum.

Se foi pedido a um professor de direito um parecer favorável a determinada posição e, pouco antes da entrega do trabalho, estando este quase pronto, é publicada

uma lei interpretativa que consagra o sentido oposto ao defendido, parece que a prestação – apresentar um parecer favorável, segundo a convicção do autor, em face da lei vigente no momento da sua conclusão<sup>105</sup> – se tornou impossível em consequência da alteração legislativa. Os honorários não têm de ser pagos. A sorte do jurisconsulto, como a do cliente, muda radicalmente se nova lei for publicada uns dias depois.

Poderia alguém querer forçar a nota e dizer que o primeiro caso tem de ser resolvido da mesma forma que o segundo – ambos a favor do devedor-professor – porque o risco de emprego pertence ao cliente credor e não deveria distinguir-se a solução de acordo com o momento, aleatório, em que ocorra o facto perturbador. Mas isso seria pressupor o que está por demonstrar, ou seja, que a alegada atribuição do risco de emprego ao credor corresponderia a um princípio (*ad hoc*) do direito das obrigações e não apenas a uma expressão deficiente dos princípios indiscutíveis – a vinculatividade dos contratos e o sinalagma – segundo os quais, cumprida a obrigação, o credor tem de pagar a contraprestação «haja o que houver», e se ela não for cumprida não tem.

O exemplo do parecer impossibilitado sugere uma arbitrariedade nas soluções, mas a interferência do aleatório está presente no regime da transferência do risco como em diversas outras matérias, e a existência de um ponto de viragem, de um *tipping point*, é irrenunciável no direito da obrigação. As soluções opostas das duas variantes do caso concretizam princípios fundamentais – o *pacta sunt servanda* e o sinalagma – e são tudo menos arbitrárias.

A vacuidade ou leveza da ideia de que «o credor suporta o risco de utilização» proíbe-nos de extrair dela um princípio de que o credor suportaria o «risco do substrato». Recorde-se que o substrato é o bem, em geral do credor, sobre o qual deveria realizar-se a prestação (a casa a pintar, o automóvel a consertar, o animal a curar, etc.), ou que de outro modo torna possível ou dá sentido à prestação.<sup>106</sup> Numa argumentação que surge em E. Picker e M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, tal como o credor suporta o risco de perecimento do substrato *depois* de receber nele a prestação, como manifestação do «risco de utilização» (p. ex., é destruída a casa que o devedor pintou), assim também deveria suportar o perecimento *anterior* ao cumprimento e que o torna impossível. Pertencendo esses bens ao credor, tratar-se-ia de uma solução equivalente ao reconhecimento de que o risco de utilização

<sup>105</sup> É naturalmente crucial que a obrigação tenha sido definida contratualmente no modo indicado. O jurisconsulto obriga-se a *dar parecer favorável*, de acordo com a sua consciência. Uma prestação ligeiramente diferente conduziria a outras soluções.

<sup>106</sup> Cf. mais exemplos *supra*, no ponto 4/a.

é do credor e reconduzível a um princípio *casum sentit dominus* («o risco corre pelo dono»)<sup>107</sup>.

Não mantemos aqui este argumento. Entre umas situações e outras há a diferença decisiva de que, no primeiro grupo de casos, o devedor cumpriu, tendo toda a tutela daí resultante – retirando a importância a outras ideias sobre o «risco de utilização» –, e no segundo *não chega a cumprir*. Se não chega a cumprir, não tem em princípio direito à contraprestação, em respeito pelo sinalagma, e ainda falta encontrar um princípio jurídico que lhe dê direito a alguma coisa, conforme parece justo. A simples ideia de que o titular de uma esfera jurídica suporta as desvantagens aí verificadas *não é suficiente para obrigar o credor a pagar* ao devedor, que não chegou a cumprir, alguns dos custos que este tenha tido, e muito menos para obrigá-lo a pagar toda a contraprestação.

### **Continuação: não há nenhum princípio de responsabilidade pela própria «esfera de risco»**

Também não há nenhum princípio, vigente no direito da obrigação ou sequer, mais restritamente, no direito do não cumprimento, de que os sujeitos seriam responsáveis pela sua «esfera de risco»<sup>108</sup> ou, noutra maneira de ver, pela sua esfera jurídica. Por «esfera jurídica» de alguém referimo-nos à sua pessoa, ou pessoas (trabalhadores, etc.), aos seus bens e, em geral, aos seus direitos e deveres, como ainda diremos melhor na alínea seguinte. Aí observaremos também o princípio, subtil mais significativamente diferente deste, da responsabilidade *de* cada esfera jurídica pela satisfação dos direitos alheios. Responsabilidade *pela* esfera jurídica, contudo, não há.

Pelo contrário, o principal princípio responsabilizador é *a culpa* (cf. arts. 798.º ss.), com acréscimos delimitados na responsabilidade por auxiliares (art. 800.º) e situações equiparáveis, porventura ainda com algumas ilações que possamos retirar da responsabilidade extracontratual pelo risco (arts. 502.º ss.), e um ou outro caso de responsabilidade pelo sacrifício como o art. 816.º. *Grosso modo*, responde-se por culpa, e não por todos os efeitos da própria esfera jurídica.

<sup>107</sup> Cf. M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito*, 304-307, na sequência da demonstração do fracasso de outras tentativas de fundamentação.

<sup>108</sup> Tese que chegou a ser defendida por Baptista Machado, em especial com um argumento retirado do art. 1045.º, e muito criticada por M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito*, 99-103. O art. 1045.º explica-se no enriquecimento sem causa. A doutrina é comum na Alemanha, no entanto, e também para casos muito diferentes dos que temos em vista. Para uma aplicação nas chamadas «pretensões negatórias», cf. K. Larenz e C.-W. Canaris, *Lehrbuch*, vol. II/2, 694-699.

Assim, por exemplo, se um facto de força maior inutiliza, durante algum tempo, *as máquinas* de um empreiteiro, e isso atrasa a empreitada, aquele não responde pelas perdas que o dono da obra sofre por não ter os bens prontos para render tão cedo quanto desejaria. Se um cantor *contrai uma doença* que o impede de actuar na data acordada, não tem de pagar ao organizador do espectáculo pela devolução do preço dos bilhetes. Se o comodatário de um carro *é raptado* e, por isso, não devolve o objecto a tempo, não tem de indemnizar o comodante por este perder o valor dos alugueres que receberia de um terceiro a quem o carro já estava prometido. Se uma oficina tem um automóvel para arranjar, e um tremor de terra *destrói o edifício, que cai* em cima do automóvel, o dono da oficina não tem de indemnizar o cliente. Em suma, as disposições legais do não cumprimento não imputável, p. ex. os arts. 790.º (impossibilidade) e 792.º (impossibilidade temporária), não deixam de se aplicar quando o facto não imputável age primeiro sobre a esfera jurídica do devedor, dando origem ao não cumprimento por meio dessa esfera.

Logo, *não se pode* tentar resolver os casos perplexos com um princípio de responsabilidade pela própria esfera jurídica (ou «de risco»). E, *no entanto*, os casos perplexos são precisamente aqueles em que, de acordo com a intuição de justiça e certas indicações legais, o credor tem de pagar alguma coisa ao devedor, num contrato sinalagmático e em tensão com o princípio do sinalagma, por a impossibilidade da prestação ter sido originada na esfera do dito credor, ainda que sem culpa sua. Só ainda não sabemos porquê.

### Regresso de Baptista Machado com a intuição e uma interpretação restritiva

Perante o fracasso de todas estas tentativas de fundamentar a solução dos casos perplexos, a proposta prática de Baptista Machado para o direito português, numa simples generalização de um artigo da lei, é muito tentadora. A proposta é que os casos sejam resolvidos *por aplicação (analógica) do art. 1227.º*, que prevê na sua letra a impossibilidade da prestação, não imputável às partes, numa empreitada em curso e estatui que «o dono da obra é obrigado a indemnizar o empreiteiro do trabalho executado e das despesas realizadas». A lei manda «indemnizar» não só pelas despesas, como no art. 468.º/1, mas também pelo «trabalho executado», enquanto ao mesmo tempo não manda pagar todo o preço da empreitada. Esta solução tem tido adesão de *grande parte da doutrina portuguesa, que a considera justa e equilibrada*.<sup>109</sup> Também

<sup>109</sup> Cf. J. Baptista Machado, «Risco», 305-309, J. Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 64-65 e 84, J. L. Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, vol. II, 378-379, L. Menezes Leitão, *Obrigações*, 119-120, J. Brandão Proença, *Lições*, 248, e A. Taveira da Fonseca, *Teoria*, 182.

nós a consideramos conforme à intuição de justiça em bastantes casos. Tem ainda a vantagem de ser um produto simples da lei, segundo o princípio metodológico da analogia (cf. art. 10.º).

As palavras e a estatuição do art. 1227.º aproximam-se do art. 1403.º, § único, do Código de Seabra, embora aí se tratasse de casos de resolução pelo dono da obra fundada numa concepção meio *intuitu personae* da empreitada:

«Artigo 1403.º

Se o empreiteiro *falecer*, poderá o contrato ser rescindido, mas deverá o dono da obra *indemnizar* os herdeiros do dito empreiteiro *do trabalho e das despesas* feitas.

§ único. Vigorará a mesma disposição quando o empreiteiro não puder ultimar a obra, por *impedimento* independente da sua vontade.»

A palavra «indemnizar», que consta do código actual como constava do anterior, não pode ser levada à letra. Trata-se de reembolsar despesas e *remunerar* o trabalho, segundo uma ideia de proporcionalidade, sendo as despesas atendíveis apenas na medida em que a remuneração não as deva cobrir, conforme o acordado (designadamente conforme as despesas fossem ou não reembolsadas à parte). Note-se que a solução do art. 1227.º não é igual à do art. 793.º, porque não depende do interesse do dono da obra nos trabalhos parciais, que podem ter ficado destruídos entretanto. A ideia é tutelar o empreiteiro pelo trabalho que prestou e pelas suas despesas, e não remunerá-lo pela utilidade gerada para o dono da obra.<sup>110</sup>

O art. 1227.º, portanto, tem efectiva aplicabilidade nos casos perplexos, por singelas razões de fontes ou, mais amplamente, por razões metodológicas, a saber, a possibilidade de analogia de acordo com a intuição de justiça, a favor de uma solução equilibrada entre os extremos do pagamento da contraprestação total (francamente contrária ao sinalagma) e do mero reembolso de despesas (que desprezaria o trabalho realizado).

A pertinência do art. 1227.º é reforçada porque o preceito deve ele próprio ser interpretado restritivamente, de modo a abranger *apenas os casos perplexos*, ou seja, apenas a impossibilidade da empreitada gerada pela esfera jurídica do dono da obra.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Essa é a solução do art. 1672.º do código italiano, «pagare la parte dell'opera già compiuta, nei limiti in cui è per lui utile, in proporzione del prezzo», que entre nós é desnecessária em vista do art. 793.º/1.

<sup>111</sup> Cf. sugestão idêntica de J. Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, vol. II, 378-379, n. 3. Esta possibilidade hermenêutica não foi explorada por M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito*, 277-282, que por isso tomou uma posição severa quanto à utilização do art. 1227.º. O preceito tem, além disso, a omissão relevante que consideramos na sublinha seguinte.

Se a bateria de um automóvel se incendia espontaneamente e o destrói enquanto ele está na oficina para consertar outra coisa, o cliente deve pagar o trabalho realizado até aí e as despesas. Se, pelo contrário, o automóvel é destruído por um incêndio fortuito causado por *outros* automóveis que ali estão, ou pelos aparelhos da oficina, o cliente não tem de pagar pelo trabalho anterior que a esfera do devedor inutilizou e que este teria naturalmente de repetir se isso fosse possível. Se uma casa se incendia por facto fortuito próprio a meio de uma empreitada de pintura e destrói o que foi feito, o dono da obra paga os trabalhos realizados, mas não se o incêndio é provocado, ainda que fortuitamente, pelas ferramentas trazidas pelo empreiteiro. O credor dono da obra não tem de remunerar um trabalho que o próprio devedor empreiteiro destruiu e impossibilitou. Parece-nos isto um mínimo de bom senso na interpretação do art. 1227.º.

### O contexto do art. 1227.º

A devida interpretação do preceito, que ainda completamos na sublínea seguinte, decorre não só do tema dos casos perplexos e da necessidade de atender a hipóteses como as dos exemplos acabados de dar, mas também de razões históricas, dos paralelos com outros ordenamentos jurídicos, e da relação com os arts. 1228.º e 1212.º. Em todas as perspectivas se apoia a sugestão de Baptista Machado de recorrer ao artigo para os nossos casos, embora, como também devemos reconhecer, isso nada adiante para a fundamentação em substância das soluções e ainda deixe por resolver os problemas de «perda de tempo» que consideramos a seguir. Mas vejamos o contexto histórico e legal do art. 1227.º, que acrescenta recursos interpretativos contra a sua letra demasiado ampla.

Os casos mais simples de impossibilidade de uma empreitada são os de destruição do seu substrato específico, como nos exemplos do final da sublínea anterior. São decerto pensáveis outras hipóteses de impossibilidade, em contratos com grandes especialidades (p. ex., devendo ser usados materiais de um género limitado ou sendo necessária a participação infungível de certas pessoas) ou por virtude de alterações legislativas que tornem a continuação dos trabalhos contrária à lei<sup>112</sup> (sobretudo, em empreitadas sobre imóveis), mas o art. 1227.º não pode deixar de valer para os seus casos mais simples e deve começar por ser interpretado em função deles. A destruição do substrato, contudo, evoca inexoravelmente tópicos do «risco», a que a lei portuguesa parece atender no art. 1228.º. Este artigo

---

<sup>112</sup> A contrariedade à lei não é *stricto sensu* impossibilidade (cf. art. 280.º), designadamente porque admite o problema de o devedor praticar o acto legalmente proibido, mas, quando superveniente, é o caso mais claro de equiparação à impossibilidade.

conjuga-se com o art. 1212.º, sobre *a propriedade* «da coisa», dos materiais fornecidos por uma ou outra das partes, e do solo ou superfície que seja substrato de uma empreitada sobre imóvel. Temos de passar os olhos também por esses preceitos.

Uma estatuição estrangeira muito parecida com a do art. 1227.º é a do § 645/1 BGB,<sup>113</sup> que provém da tradição de relevância do fornecimento dos materiais a que se alude no art. 1212.º e que dispõe que, «se a obra perecer, se deteriorar ou se tornar irrealizável antes da recepção *devido a um defeito do material fornecido pelo dono* da obra [...] sem que isso [seja] imputável ao empreiteiro, este pode exigir uma parte da remuneração correspondente ao *trabalho efectuado e o reembolso das despesas* não incluídas na remuneração.» Uma estatuição semelhante à do art. 1227.º com uma previsão não estranha aos temas do art. 1212.º.

Essa regra alemã, por sua vez, é um avanço relativamente aos arts. 1789.º e 1790.º do Código francês, também inalterados até hoje, segundo os quais, «no caso de o empreiteiro fornecer apenas o seu trabalho e indústria, se a coisa vier a perecer, o empreiteiro não responde a não ser por culpa», mas se a coisa «perecer, ainda que sem culpa alguma do empreiteiro, antes de a obra ser aceite e *sem que o dono da obra esteja em mora* para examiná-la, o empreiteiro não pode exigir remuneração, a menos que a coisa tenha perecido por vício do material» (fornecido pelo dono da obra). O artigo anterior do C. Napoleão (1788.º) dispõe que, quando é o empreiteiro a fornecer os materiais, «a perda corre» por ele, salvo mora do dono da obra.

O progresso alemão relativamente à lei francesa reside em que, além de prever a origem dos materiais no dono da obra, de ter a regra acompanhada pelo regime geral da mora do credor (§§ 293 ss.) e de estender a sua aplicação a casos de resolução pelo empreiteiro devido a mora do credor (§ 645/1-2), o § 645 BGB ainda prevê a impossibilidade que resulte «*de uma instrução dada pelo dono da obra para a realização desta*». Com estes apoios legais, facilmente se argumentará no sentido de que a esfera do credor dono da obra é toda ela visada, pois o substrato da empreitada não deixa de ser um «material», e algo semelhante se dirá das ferramentas ou da energia (electricidade, combustíveis, etc.) que também caiba ao dono da obra fornecer. Mas é manifesta a *continuidade da lei francesa para a alemã*, apenas com desenvolvimento dos temas.<sup>114</sup>

<sup>113</sup> C. Monteiro Pires, *Impossibilidade*, pp. 763-764, considerando que a solução nos dois preceitos é de equidade.

<sup>114</sup> A estatuição do preceito do BGB é aparentemente mais estreita, já que limita explicitamente a obrigação do dono da obra à remuneração *do trabalho realizado*, quando o do *Code Civil* não o diz expressamente, referindo-se em termos vagos a alguma «remuneração». Não será difícil, contudo, interpretá-lo da maneira razoável. Encontrámos uma decisão nesse sentido do Tribunal da Cassação

No Código de Seabra (arts. 1397.º e 1398.º), dispõe-se quase como no Código de Napoleão, conforme a proveniência dos materiais e a mora do credor. Todavia, usa-se *a palavra «risco»* – a fonte de tantos problemas! – para fórmula de síntese de ambas estatuições:<sup>115</sup> «todo o risco da obra correrá por conta dos empreiteiros», «todo o risco será por conta do dono». O art. 1398.º aduz que, se o empreiteiro conhecer «a má qualidade dos materiais» fornecidos pelo dono da obra, fica ele com «o risco» *se não prevenir a contraparte*. Foi pena que, sendo clara a lei francesa ao referir-se à remuneração na empreitada com materiais do dono da obra, se tenha preferido no nosso primeiro código o esoterismo de estatuir pelo «risco». O pensamento legislativo, contudo, era o mesmo.

Em defesa do C. Seabra, temos de notar que a confluência destes problemas com uma dogmática do «risco» não foi uma invenção nossa, mas um processo próprio do séc. XIX, antevisto no C. de Napoleão, e na verdade *conveniente* aos problemas da *transferência do risco*, dado que a empreitada também pode terminar com a entrega de uma coisa, como sucede nas prestações de coisa propriamente ditas.<sup>116</sup> Os nossos casos perplexos, na empreitada, só ocorrem *antes* da transferência do risco, tal como só acontecem antes do cumprimento, com o seu efeito extintivo.

Trinta anos depois de Seabra, o BGB consagrou regras sobre «risco» na empreitada, mas com a noção clara de se tratar do *momento da transferência*. O § 644 dispõe que «o risco corre pelo empreiteiro até à aceitação da obra», salvo mora do credor. Na empreitada sobre móveis a deslocar, segundo o n.º 2, vigora também a regra das obrigações de envio, com remissão ao § 447, idêntico ao nosso actual

---

(V. Cass. 3e civ., 17 juill. 1972, n.º 71-11.940: Bull. civ. III, n.º 466, <<https://www.alteas.fr/effondrement-degradation-ouvrage>>), e nenhuma em sentido diverso.

<sup>115</sup> O Código francês diz que «a perda corre pelo empreiteiro» no art. 1788.º, mas já é explícita no art. 1790.º.

<sup>116</sup> Só se põe plenamente a questão nas empreitadas para construir ou confeccionar que terminem numa prestação de *dare* (numa prestação aquisitiva de coisa), e não da mesma maneira nas empreitadas para conserto ou melhoramento, em que a entrega final é uma prestação de *reddere* (prestação não aquisitiva de coisa, por regra uma restituição: cf. P. Múrias/M.ª Lurdes Pereira, «Prestações de Coisa», cit.), nem nas de demolição, que também acabam num *reddere*, se é que há alguma coisa a entregar neste último caso, muito menos nas de destruição de um móvel, em que em princípio não há nada a entregar e talvez até já nem sejam empreitadas, nem sequer nas empreitadas sobre móvel ou imóvel em que o empreiteiro não chegue a deter a coisa. Nos casos de *reddere* significativo (conserto e melhoramento com detenção pelo empreiteiro), a entrega pode significar o momento do *cumprimento da prestação de facto*, sendo nesse sentido equivalente a uma «transferência do risco», regra que se fareja na importância da «aceitação» em artigos do nosso Código como os 1211.º, 1212.º, 1218.º, 1219.º e 1228.º, alguns dos quais consideramos a seguir. Ainda assim, *summo rigore*, trata-se de identificar o *cumprimento* (de uma pura prestação de facto), e, portanto, não de identificar a transferência do risco, sem prejuízo do efeito comum da mora do credor e da irrelevância da distinção no caso.

797.º. Na segunda frase do § 644/1, talvez para evitar equívocos, dispõe-se que «o empreiteiro não responde pela perda ou deterioração accidental do material fornecido pelo dono da obra». Depois vem o § 645, que temos vindo a considerar, dispor sobre a empreitada como prestação de facto, *i.e.*, antes da transferência do risco da coisa. Os preceitos alemães não geram especiais dúvidas, podendo apenas talvez notar-se que a noção de transferência do risco não era ainda totalmente clara, como viria a tornar-se mais tarde.

Para compreensão do C. Seabra, interessam mais uma ou duas regras do código francês. Em caso de *desistência pelo dono da obra*, o art. 1794.º mandava e manda pagar-se ao empreiteiro todo o lucro perdido, como diz hoje o art. 1229.º português. Em caso de *morte do empreiteiro*, o contrato ficava «dissolvido», mas o dono da obra tinha de pagar proporcionalmente pelos trabalhos e materiais, *desde que estes fossem úteis* para ele (arts. 1795.º e 1796.º C. Napoleão).

Quanto à morte do empreiteiro, o C. de Seabra inovou em vários aspectos no art. 1403.º, que transcrevemos antes. A extinção do contrato não é automática por morte, há apenas um direito de «rescindir» do dono da obra. Se rescindir, este tem de remunerar (diz-se «indemnizar» os herdeiros) pelo trabalho e despesas, sem restrição aos casos de se manter a respectiva utilidade. No § único, acrescenta-se ao caso de morte, mas com a mesma solução, a previsão de «o empreiteiro não poder ultimar a obra por *impedimento independente da sua vontade*». Nada aqui suscita dificuldades. Pelo contrário, a ideia de que a empreitada teria um elemento *intuitu personae* teria de valer não só para os casos de morte do empreiteiro, mas também para os da sua incapacitação. O § único, contudo, veio a ser lido muito para lá disso.

Aparentemente, o § único do art. 1403.º terá vindo a ser *usado pela praxe posterior para resolver a generalidade das situações de impossibilidade* da empreitada em curso,<sup>117</sup> e não apenas a hipótese de incapacitação pessoal do empreiteiro que decorria naturalmente da previsão do caso da sua morte. Foi uma alteração de sentido para bons resultados práticos, embora desnecessária. A estatuição esotérica

---

<sup>117</sup> Cf. José Dias Ferreira, *Código Civil Português Anotado*, vol. III, 2.ª ed., Universidade de Coimbra, 1903, anot. art. 1403.º, e L. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. VII, Coimbra Editora, 1938, 634-639 e 646-648. Cunha Gonçalves entende que a empreitada é *intuitu personae* («como todos os contratos de prestação de serviços»), o que justificaria o art. 1403.º, e queixa-se dos arts. 1397.º e 1398.º, que considera inadequados, *tal como o 1788.º do código francês*, por, segundo lê, atribuírem uma «responsabilidade» ao empreiteiro nos casos fortuitos e de força maior. Apesar daquela leitura que faz do 1403.º, o autor, sem se alongar, entende o § único, como Dias Ferreira, a abranger o caso fortuito e a força maior. Daí ao nosso art. 1227.º foi um saltinho.

nos arts. 1397.º e 1398.º, em termos do «risco» que «corre» pelas partes, não terá contribuído para a sua utilidade prática. As soluções razoáveis da lei francesa (arts. 1788.º a 1790.º) não ficaram particularmente claras naquelas disposições do C. Seabra, e a consequência foi o alargamento do âmbito do art. 1403.º, § único, que se integrava, na origem, num melhoramento dos arts. 1795.º e 1796.º franceses. Uma curiosa alteração de sentido dos artigos da lei, supõe-se que devido a uma dificuldade interpretativa gerada pelo termo «risco», mas, numa leitura impressionista, *mantendo as soluções*. Perdeu-se apenas a referência à esfera de origem da perturbação da empreitada, mas que poderia certamente ser corrigida na casuística.

Todos os elementos das tradições anteriores convergem também no *Obligationenrecht* suíço,<sup>118</sup> que distingue o «perecimento da obra» no art. 376.º, a «impossibilidade devida a circunstâncias do dono da obra», com remuneração parcial e reembolso do empreiteiro, no art. 378.º, e, como no C. Seabra, a morte ou incapacidade do empreiteiro, no artigo seguinte. A diferença entre os arts. 376.º e 378.º será mais aparente do que real, visto que o art. 376.º/3 apenas acrescenta, também aqui como no C. Seabra, o dever de o empreiteiro *avisar* o dono da obra dos problemas que detecte nos materiais por este fornecidos, no solo ou nas instruções. A distinção entre a transferência do risco e os problemas da prestação de facto anterior não é tão clara como no BGB. Já o art. 376.º/2 contém uma regra de necessidade duvidosa, idêntica no conteúdo ao § 644/1-2.ª BGB, mas diferente na forma, que certamente gerou dificuldades aos legisladores tardios: «A perda dos materiais em caso de perecimento onera a parte que os forneceu.» Talvez tivesse sido melhor dizer, seguindo o tipo de redacção alemã, que nenhuma das partes responde pela perda accidental dos materiais, salvo o disposto no número e nos artigos seguintes. As normas, todavia, mantêm-se as mesmas.

No *Código italiano de 1942* as soluções parecem confundidas, usando-se agora o requisito da «utilidade» para o pagamento proporcional da empreitada em casos de impossibilidade (art. 1672.º), e não só em sequência da morte do empreiteiro como se diz em França.<sup>119</sup> No art. 1673.º, sobre «perecimento ou deterioração da coisa», dispõe-se que este fica «a cargo do empreiteiro» quando ele tenha fornecido os materiais, e que – eis o inesperado –, quando os materiais provenham «no todo ou em parte do dono da obra», fica «a cargo do dono da obra no que respeita aos materiais fornecidos», e a *cargo do empreiteiro* «quanto ao resto». A razoabilidade das soluções francesa, seabra, alemã e suíça sobre pagamento proporcional ao

<sup>118</sup> O Código das Obrigações suíço, de 1911, que complementa o Código Civil de 1907.

<sup>119</sup> Transcrevemo-lo na n. 110 *supra*.

empreiteiro, quando a perda se deva à esfera do dono da obra, desaparece na letra da lei transalpina.

O art. 1228.º do Código Civil de 1966 introduziu mais uma novidade ao fazer mediar a relevância da origem dos materiais pela *identificação do seu proprietário* durante e após a obra, aderindo ao falso princípio de que «o risco é sempre do proprietário». Assim prescreve o art. 1228.º, salvo mora do credor, e é o art. 1212.º que tenta preservar as orientações da tradição europeia ao distinguir a relevância do solo como substrato da prestação e, no caso de obra sobre móvel, a dos materiais fornecidos pelo dono da obra, que «continuam a ser propriedade dele», e a dos fornecidos pelo empreiteiro, que apenas passam à propriedade do dono da obra com a aceitação desta. É no art. 1212.º que permanece a primeira sombra das disposições francesa, seabrina, alemã e suíça. O nosso Código pretenderá talvez ser lido no sentido de o art. 1228.º se ocupar da *transferência* do risco (o léxico é o do art. 796.º), como o § 644 BGB, mas a verdade é que o art. 1212.º acolhe os temas da proveniência dos materiais, que nas leis anteriores ao *Codice* visavam acertadamente a possibilidade de remuneração da prestação de facto.

Na explicação do art. 1228.º, Pires de Lima e Antunes Varela declaram uma saída semelhante à da letra do código italiano: quando «o risco» é do dono da obra, «o empreiteiro também sofre ou pode sofrer algum risco, na medida em que», continuamos a citar, «sendo a obra possível e fornecendo o dono novos materiais, ele terá de refazer a actividade que porventura já tivesse despendido na execução da tarefa. Ele sofre portanto, como diz Rubino, o risco do trabalho e das despesas realizadas.»<sup>120</sup> Com isto, o art. 1228.º/1 mostra-se sem sentido útil em caso de impossibilidade da obra em curso, porque nada há a pagar pelo dono da obra nos seus termos. Dada a norma do art. 1227.º, aliás, não seria preciso que o art. 1228.º tutelasse o empreiteiro na impossibilidade.

Mas o art. 1228.º/1 também não parece ter sentido útil em diversas outras situações. A referência à mora do credor no número 2 e à aceitação da obra no art. 1212.º/1 indicam certamente um *momento de transferência* do risco, mas este *já não pode ser retirado das distinções de propriedades* no restante art. 1212.º. Quanto à prestação de facto antes da transferência, nos casos de perecimento ou deterioração *sem impossibilidade*, e apesar do *Código Anotado*, do art. 1673.º italiano e da opinião de Rubino, a ideia de que o empreiteiro não teria nada a receber *quando o perecimento se devesse à esfera do credor*, tendo de *repetir a obra sem remuneração*,

<sup>120</sup> Cf. F. Pires de Lima / J. Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª ed., 1997, anot. art. 1228.º, que invocam expressamente o art. 1673.º italiano e o *res perit domino*, declarando ainda que o art. 1227.º tem na origem o art. 1403.º, § único, do C. Seabra.

é insustentável perante a realidade dos casos. Não sobra grande espaço de relevância para o preceito.<sup>121</sup>

Anote-se que Vaz Serra, nos trabalhos preparatórios, defendeu soluções na melhor interpretação do espírito dos códigos anteriores, *distinguindo cuidadosamente a esfera na origem* das perturbações da empreitada – inclusive a hipótese de uma esfera neutra, bem como a de instruções deficientes do dono da obra –, e não supondo uma oposição entre questões de «impossibilidade» e questões de «pericimento ou deterioração». O seu articulado ter-nos-ia poupado imensos esforços interpretativos.<sup>122</sup>

Somando tudo, repita-se que o art. 1403.º, § único, do Código de Seabra deu origem ao actual art. 1227.º num processo invulgar. A previsão do impedimento do empreiteiro que dava direito de resolução ao dono da obra, com remuneração proporcional, transformou-se numa regra geral da impossibilidade na empreitada. Apesar disso, hoje o art. 1227.º é a verdadeira reserva das soluções tradicionais, consagrando a remuneração por caso da esfera do credor. Esta ideia, a lei portuguesa não a quis afastar no art. 1212.º, que tenta acompanhar os outros artigos do C.

<sup>121</sup> Quanto à necessidade de o empreiteiro ser remunerado pela repetição de trabalhos, cf. tb. *infra*, a última subalínea. A ideia contrária é incompatível com todo o tema dos casos perplexos. No bom sentido, embora sem negar existência ao art. 1228.º, cf. Romano Martinez, «Contrato de Empreitada», in Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, AAFDL, vol. III, 511-512 («mas deve ser-lhe paga a remuneração acordada, bem como as despesas realizadas e o valor do trabalho incorporado na obra destruída»). Solução ligeiramente mais ampla é a de P. Albuquerque/M. A. Raimundo, *Direito das Obrigações. Contratos em Especial*, vol. II, *Contrato de Empreitada*, 2.ª ed., Almedina, 2013, 500-502. Na relativa literalidade do art. 1228.º e na solução italiana que Pires de Lima e Antunes Varela subscreveram, «suportar o risco» de pericimento dos materiais ou do substrato significaria algo como o disposto no art. 376.º/2 OR e no § 644/1-2.ª BGB, que referimos antes, mas para isso não é necessário atender à propriedade sobre os bens nem a nenhum outro factor: trata-se apenas de dizer que não há responsabilidade sem culpa, e só é pena que as leis posteriores não tenham adoptado uma expressão clara como a do BGB. A ideia é que as coisas não são pagas pela contraparte àquela que as perdeu, o que é quase um sem-sentido no que respeita às fornecidas pelo dono da obra (por que motivo haveriam de ser pagas, se o contrato é no sentido de ser ele a pagar um preço ao empreiteiro?) e é desmentido nos casos do art. 1227.º quanto às fornecidas pelo empreiteiro (também não se vê por que haviam de ser pagas na situação inversa em que o incumprimento é seu, da sua esfera, ainda que não culposo). «Suportar o risco» é aqui uma expressão vazia, e, numa terminologia corrente, o art. 1228.º impõe-se algo próximo de uma «interpretação ab-rogante». Com a ajuda do art. 1212.º, consegue-se imputar-lhe o sentido de que o trabalho do empreiteiro se torna definitivamente cumprimento com a aceitação da obra (ou mora do credor), ou que se «transfere o risco» nessas situações, como dissemos na n. 116 *supra*.

<sup>122</sup> A. Vaz Serra, «Empreitada» (segunda parte), BMJ 146, 1965, 33-247. Cf. os arts. 28.º a 31.º do projecto (237 ss.), embora talvez com extensão excessiva. Vaz Serra distingue também entre o momento da transferência do risco (art. 28.º) e os outros problemas de «risco», salvo talvez no art. 29.º. A fundamentação está nas pp. 137-170. Na primeira parte do estudo (BMJ 145, 1965, 19-190, esp. 174 ss.), Vaz Serra defende a ideia de um artigo semelhante ao actual 1212.º, sobre «transferência da propriedade», com apoio na anotação de D. Rubino ao Código italiano (art. 13.º do projecto).

Seabra e os do código francês, com o melhoramento, como na Suíça, da referência ao solo ou superfície enquanto substrato. O art. 1212.º não tem grandes reflexos através do art. 1228.º, mas a previsão do fornecimento dos materiais e do solo pelo dono da obra, no seu sentido histórico de atribuição de remuneração ao empreiteiro, *contribui para a interpretação razoável do art. 1227.º*, restringida às perturbações vindas da esfera do credor, de acordo com um mínimo de sentido de justiça nos exemplos que demos, de acordo com a solução das leis francesa, alemã e suíça, e de acordo com toda a doutrina subjacente aos casos perplexos. Vaz Serra apoia-nos, e o próprio Visconde de Seabra não se oporia.

### O tempo de M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira e a relevância do aviso com antecedência

Se o art. 1227.º conduz a muitas soluções intuitivas, há na sua letra a importante omissão do *desperdício de tempo* pelo devedor com vista ao cumprimento que não chega a ocorrer. Além do trabalho e dos bens mais ou menos corpóreos<sup>123</sup> (as despesas), o cumprimento de uma obrigação consome frequentemente outro bem significativo, *o tempo* em que a pessoa do devedor, os seus trabalhadores (enquanto tal) e os seus bens *poderiam estar afectados a outra coisa*, fosse a execução de outro contrato remunerado, fosse qualquer outra ocupação de sentido patrimonial ou não patrimonial.

Esta é uma ideia forte de M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, que se refere à *capacidade de prestar do devedor vinculada ao credor* (ao cumprimento) e aponta a insuficiência do art. 1227.º para resolver os casos sempre que aquilo que o devedor desperdiça com a impossibilidade é essa capacidade de prestar.<sup>124</sup> A questão é que, mesmo

<sup>123</sup> «Mais ou menos» porque o dinheiro e alguns outros tipos de bens patrimoniais dos nossos dias nem sempre são corpóreos. Mantém, no entanto, uma natureza «objectual» que permite, designadamente, falar de «prestações de coisa» a seu respeito e que vai aludida no texto. Não é impossível que a tripartição que referimos – bens «corpóreos», trabalho e tempo – corresponda a uma distinção metafísica com pés e cabeça: os objectos *perduram* no tempo, as prestações (*hoc sensu*, o trabalho) *demoram* tempo, e depois há o próprio tempo. Note-se que as despesas com o salário de trabalhadores ou a remuneração de subcontratados são incluídas na remuneração a que o devedor tem direito pelo trabalho que estes realizam por si, salvo se o trabalho não vier a ocorrer.

<sup>124</sup> Cf. M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito*, designadamente 92-93, 244-253 e 283. A autora (cf. n. 216) retira a expressão de Ingo Koller, *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen*, Beck, 1979, indicando que Fikentscher, *SchuldR*, se refere a questão equivalente como «perda de tempo» (n. 508). Também Baptista Machado deu relevância ao tema na sequência do estudo de Koller, ao ponto de usar a expressão no subtítulo do seu escrito de 1985 que temos vindo a citar («Risco Contratual e Mora do Credor. Risco de Perda do Valor-Utilidade ou do Rendimento da Prestação e de *Desperdício da Capacidade de Prestar Vinculada*»). O autor não inferiu daí, contudo, a insuficiência do art. 1227.º ou, pelo menos, da sua letra.

que o devedor *não chegue a realizar trabalho* (nem despesas), ele pode consumir tempo pessoal ou dos seus bens num valor igual ou superior ao trabalho. Se o professor de ténis fica à espera do aluno à porta do *court*, não podendo voltar a casa porque tem outra aula a seguir, a perda dessa hora tem um custo pelo menos igual ao de dar a aula. Se o professor de equitação fica à espera com um pônei que nem pode montar ele próprio, o custo é o da sua perda de tempo e o da perda de tempo *do pônei*, que podia estar a ser mais bem usado. Se um cliente do hotel não aparece na noite marcada, o hotel deixa *um quarto por ocupar*, com pouco menos sacrifício patrimonial do que se o cliente viesse. Se as *máquinas e trabalhadores* do empreiteiro enviados para uma obra num imóvel ficam parados durante dias, esse custo é desaproveitado se se fizer uma aplicação simplista do princípio do sinalagma (art. 795.º/1), quando seria remunerado pelo pagamento da contraprestação.

Veja-se que a remuneração de uma capacidade de prestar vinculada ao credor *cabe* na letra do art. 1227.º *quando o devedor recorra a terceiros a quem pague especificamente* pelo uso dos bens ou das suas pessoas no período em questão, porque nesse caso há uma despesa. Quando, porém, o devedor use bens próprios, trabalhadores seus e a sua pessoa, o consumo de tempo que deveria ter sido pago pela contraprestação *pode não se traduzir numa perda patrimonial*, numa despesa, não tendo reflexo contabilístico nem sendo detectado pela «teoria da diferença» do cálculo da indemnização (art. 566.º/2). Contudo, *isso mesmo ocorre com a realização de trabalho*, em que apenas se gasta suor ou sossego além do tempo. Então, não pode remunerar-se o trabalho nos casos perplexos sem se remunerar também a perda de tempo, a capacidade de prestar desaproveitada, visto que são bens de natureza semelhante.

A consequência daqui extraída por M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, em 2001, foi a de considerar o art. 1227.º inadequado para a apreciação dos casos perplexos, o que, aliás, condiria com a história acidentada do preceito.<sup>125</sup> Parece-nos hoje, com a leitura que já fizemos do art. 1227.º, que a solução mais directa segundo os cânones metodológicos é *interpretar a lei extensivamente* nesta parte, de modo a abranger não só o trabalho (e as despesas não incluídas na remuneração), mas *também a perda de tempo* das pessoas ou dos bens empregados pelo devedor para o cumprimento. Não se trata de trabalho *realizado*, mas trata-se de *horas* de trabalho, de pessoas e coisas, igualmente consumidas. E o «começo de execução» a que se refere a lei abrange o início destes consumos de tempo.

Sublinhe-se que a estatuição legal não é o que literalmente se diz como «*indemnizar*» o devedor, mas sim a de *remunerar* o devedor pelo trabalho e pelo tempo

<sup>125</sup> O argumento histórico é invocado por M.<sup>a</sup> L. Pereira em *Conceito*, n. 738.

consumidos, indemnizando, sim, ou reembolsando, as despesas não cobertas por tal remuneração. Basta pensarmos, para o efeito, que o trabalho não é por si um dano que possa ser indemnizado. Tratando-se de remunerar, não há que pagar a contraprestação integral, mas é preciso pagá-la em proporção a todos custos suportados em obediência à vinculação original. Também não se trata de indemnizar o devedor pelos danos eventualmente sofridos em valor superior à fracção da contraprestação proporcional ao trabalho e tempo consumidos, mas apenas de pagar essa fracção. A solução é sinalagmática, e não indemnizatória.

Quanto às despesas, são necessários alguns cuidados. O § 645 BGB e os arts. 376.º e 378.º suíços esclarecem que não se paga pelas despesas já «incluídas na remuneração» do trabalho,<sup>126</sup> a que temos de fazer acrescer as «incluídas» na «remuneração do tempo» consumido que não constitua trabalho. A remuneração de uma empreitada ou qualquer outro contrato em que as despesas não devam ser reembolsadas à parte não tem de fazer referência alguma a despesas, sendo estas «incluídas» na remuneração apenas na medida em que são necessárias ou convenientes à realização da prestação, e esta é remunerada. Na remuneração diminuída do art. 1227.º, também não são pagas.

Quando as despesas devam ser reembolsadas à parte, como no caso do mandato (cf. art. 1167.º/c), esse reembolso mantém-se no caso do art. 1227.º. Quando não devam ser reembolsadas à parte mas tenham sido contratualmente quantificadas para determinar o valor da contraprestação, ou quando, identicamente, tenham sido pré-quantificadas para efeito de um «reembolso» nesses termos, o art. 1227.º manda pagar ainda e apenas tais valores acordados. Se, p. ex., um empreiteiro pintor se compromete a comprar as tintas, indicando no orçamento o preço e quantidade, não importa se as comprou depois a um preço superior ou inferior. Vale o orçamentado.

O art. 1227.º deve ser lido no sentido de mandar reembolsar as despesas «não incluídas na remuneração» do trabalho e tempo consumidos que o empreiteiro tenha efectivamente realizado. Trata-se concretamente de gastos em preparação do trabalho que se seguiria e foi impedido pela impossibilidade (p. ex., os custos do aluguer de andaimes que não chegaram a ser usados). Os cuidados especiais relacionam-se com estas despesas. Uma fórmula alemã sugere que se trata de despesas «não incluídas» no realizado mas «que fazem parte do preço da empreitada»,<sup>127</sup> o

<sup>126</sup> Cf. *supra*, o texto junto às nn. 113 ss.

<sup>127</sup> Palandt/Retzlaff, 80.<sup>a</sup> ed., 2020, § 645, p. 4. A formula é de uma decisão do BGH de 16 de Dezembro de 1997 (<<https://research.wolterskluwer-online.de/document/01ed3a4d-6088-482a-8a29-797324e1c121>>), onde se esclarece ainda que se trata de despesas feitas na preparação da prestação devida.

que, não havendo reembolso autonomizado ou pagamento pré-quantificado igualmente autónomo, justifica dúvidas. A fórmula pressupõe que o preço tenha sido quantificado em função de custos cuja previsão foi explicitada entre as partes ou, pelo menos, explícita (e comprovadamente) considerada pelo devedor nos seus cálculos, e que são apenas estes os reembolsáveis. Excluir-se-iam quaisquer outros que não tenham sido considerados, embora venham a ser desembolsados pelo devedor na preparação do trabalho que não chegou ser feito. Na verdade, contudo, o pressuposto não tem de verificar-se. Os custos podem ter sido totalmente ignorados na fixação do preço, e não deixam de ser (autonomamente) reembolsáveis quando sejam justificáveis e não ultrapassem o valor da contraprestação. O mesmo vale, aliás, quanto ao próprio trabalho, cuja extensão ou intensidade pode não ter sido reflectida no preço, mas deverá ser remunerado com as mesmas limitações. O cálculo pode envolver ponderações complexas, mas que são necessárias para preservar a relação entre, por um lado, o trabalho e os custos necessários ao cumprimento (não necessariamente previstos pelas partes), e, por outro, a contraprestação originária. De resto, deve atender-se à ideia na base do pagamento autónomo das despesas, a ideia de que estas podem ter sido inutilizadas em proporção diferente da do trabalho realizado e do tempo consumido, devendo, por isso, ser consideradas à parte.

Com a interpretação que fazemos do art. 1227.º, a lei portuguesa fica *melhor* do que a lei alemã, que tem uma disposição autónoma, embora não com palavras directas, a obrigar ao pagamento pelo tempo desperdiçado. Trata-se do § 615 BGB, sobre o *contrato de prestação de serviços*, segundo o qual, havendo mora do credor, «o obrigado pode exigir a remuneração acordada [...], sem ser obrigado a prestar mais tarde», sendo-lhe apenas «descontado o valor daquilo que poupa em virtude da não prestação do serviço e daquilo que adquire ou maliciosamente deixa de adquirir ao prestar os seus serviços noutra relação.»<sup>128</sup> Embora devamos louvar a modernidade desta regra de 1896, a verdade é que o direito alemão se viu assim confrontado com uma ostensiva diferença de regime entre a empreitada (§ 645) e a prestação de serviços (§ 615), que tem sido mantida na prática com o desconforto doutrinal que referimos.<sup>129</sup> Em Portugal, a pena de não termos equivalente ao § 615 – embora este exagere ao mandar pagar sempre *toda* a remuneração – é compensada pela generalização do art. 1227.º, em que devemos ler a solução completa e igual para todos os contratos. O acidente histórico, no caso, reverte a nosso favor.

<sup>128</sup> Em 2001, acrescentou-se uma frase ao preceito, de modo a abranger explicitamente relações laborais «nos casos em que uma entidade patronal suporta o risco da não prestação de trabalho».

<sup>129</sup> *Supra*, ca. n. 95.

A importância do desperdício do tempo de pessoas e coisas, bem como a do desperdício de trabalho, torna essencial o *aviso* pelo credor ao devedor – «pré-aviso», se for possível – de que a prestação se tornou impossível ou por outra razão não será realizada, de modo a que o desperdício não ocorra. Quando o devedor seja uma empresa e não tenha, de facto, meio de dar outra ocupação lucrativa à sua capacidade de prestar desaproveitada – por o mercado não lhe estar favorável –, nem por isso o credor deve pagar a contraprestação na totalidade, desde que avise da impossibilidade com *uma antecedência razoável* para, em condições normais, a devedora procurar as suas novas opções.

A exigência de aviso com antecedência razoável corresponde a diversas indicações legais e de prática social que vimos a propósito das reticências ao art. 795.º/2,<sup>130</sup> e tem por efeito que, ou o devedor não desperdiça tempo e trabalho, ou desperdiça-o apenas devido a circunstâncias da sua própria condição que não devem ser repercutidas num custo acrescido para a contraparte. O aviso prévio não obsta à remuneração pelo trabalho já realizado em preparação do cumprimento, quando haja razão para o devedor assim se ter «antecipado». Não é de excluir que, nalguns casos, por se tratar de um crédito facilmente transmissível, cumpra ao credor evitar o desperdício procurando interessados na prestação. Há ainda hipóteses em que o emprego alternativo da capacidade de prestar só é possível dentro de determinado período (ou «estação» comercial), que já se esgotou ou passou ao tempo da impossibilidade. Quando assim seja, já não será possível um aviso com antecedência razoável, e o credor não se exime da contraprestação.

#### d) Materialidade, sinalagma e responsabilidade primária

##### Síntese da perplexidade

O art. 1227.º generalizado a todos os casos perplexos, com as restrições e extensões que vimos e no seu enquadramento juscultural, chega à solução sinalagmática de o credor dever pagar a contraprestação na proporção do trabalho e tempo consumidos pelo devedor em respeito da sua obrigação, que entretanto se extinguiu sem ser cumprida, a que acresce a obrigação de reembolso das despesas sobrantes (*i.e.*, que não devam considerar-se incluídas na remuneração do trabalho e tempo).

---

<sup>130</sup> *Supra*, no ponto 2/a-2.ª. Para o presente efeito, a analogia deve incluir a possibilidade de denúncia com antecedência mesmo nos casos de relações de duração ilimitada (*supra*, ca. n. 14).

A restrição principal à letra do preceito é a de ele abranger *apenas* os casos perplexos, *i.e.*, apenas as perturbações que promanam da esfera jurídica do credor (sem atraso prévio nem culpa), o que não adianta nada à própria teoria destes casos, que é a nossa principal indagação. As teorias a que aludimos antes não conseguiram fundamentação convincente para as soluções que propuseram. O sinalagma agora criado (pagar pelo trabalho e tempo consumidos) é adventício, pois nem coincide com a contraprestação inteira acordada, nem é uma redução da contraprestação por cumprimento parcial ou defeituoso, já que aqui não há, ou pode não haver, cumprimento nenhum. No «contrato inicial» (e único), o credor pagaria pelo cumprimento; agora vai «remunerar» os «custos» que o devedor suportou. O novo sinalagma é contrário ao princípio do sinalagma (original). A norma a que se chega tem um ar de anomalia profunda.

E, no entanto, corresponde a um desenvolvimento mínimo de regras muito tradicionais do direito da empreitada e não está longe do entendimento maioritário da doutrina portuguesa para a generalidade dos casos perplexos em relações sinalagmáticas. A atribuição ao credor do risco de ter de remunerar trabalho e tempo inúteis é afinal intuitiva, porque a inutilidade foi gerada por si, quer dizer, pela sua esfera jurídica.

### A materialidade da aproximação ao cumprimento

O primeiro ponto de fundamentação substancial da solução dos casos perplexos consiste em assinalar que os custos de bens, trabalho e tempo suportados pelo devedor são por este *devidos ao credor* ou, pelo menos, implicados por outros que lhe são devidos.<sup>131</sup> Os actos que geram esses custos não são actos de cumprimento, porque não realizam a prestação – caso contrário, será aplicável o art. 793.º –, mas são ainda assim devidos como actos preparatórios do cumprimento ou consequência desses actos. Pense-se, p. ex., no devedor que se dirige com trabalhadores e instrumentos ao lugar de cumprimento, no tempo certo, e que espera pelo credor para poder prestar. Enquanto actos ou custos devidos, constituem já uma aproximação ao cumprimento.

Esses custos *podem chegar à totalidade significativa dos custos* a suportar pelo devedor, quando faltem para o cumprimento apenas actos seus sem custo significativo (p. ex., actos de auxiliares já pagos, ou simplesmente a oferta da prestação ao credor)

---

<sup>131</sup> Se o professor de ténis esperar uma hora inteira junto ao *court*, no exemplo que usámos, o início da espera é efectivamente devido, e a espera durante o resto da hora (por causa de outra aula a seguir) é implicada pela anterior.

ou os actos de colaboração subdevida pelo credor. Neste aspecto há uma segunda aproximação ao cumprimento, surgindo uma situação «quase-cumprimento». Na *materialidade* económico-social da relação, na perspectiva da desejável relação de *interesses* ou de *custos e proveitos* das partes, o devedor já «fez o que tinha a fazer», «só lhe falta» ser remunerado. E se é assim quando o devedor já suportou a totalidade dos custos significativos, também é assim *proporcionalmente* quando o devedor suportou uma parte.

Esta aproximação material é ainda notória porque alguns actos de «quase-cumprimento» numas relações são actos de efectivo cumprimento *em contratos extremamente semelhantes*.

P. ex., em vez de uma empreitada para a construção de uma casa do princípio ao fim, «chave-na-mão», em que todos os actos antes da entrega são meras aproximações ao cumprimento, a mesma construção podia ter sido objecto de um conjunto discriminado de prestações de serviços e empreitadas, algumas de cujas realizações contariam como cumprimento parcial do primeiro contrato para efeitos do art. 793.º (digamos, os trabalhos de construção propriamente ditos<sup>132</sup>), mas outras seriam meros actos preparatórios (p. ex., a desmatação e limpeza do terreno, as instalações provisórias como o estaleiro, as cofragens e os andaimes, todos os actos de subcontratação, etc.) ou de enquadramento (p. ex., o trabalho dos «encarregados de obra»), que agora teriam de ser remuneradas por si, definitivamente, segundo o *pacta sunt servanda*, logo que completas. E, é claro, o contrato inicial podia ter sido celebrado com toda esta discriminação e pagamento autónomo por cada um dos actos relevantes.

Noutro exemplo, o professor de equitação pode ser contratado para «dar uma aula de equitação no picadeiro», mas pode, em vez disso, ser contratado para «estar presente no picadeiro e dar ao cavaleiro todas e apenas as instruções que porventura aí se revelem necessárias com vista à perfeição da sua arte de bem cavalgar». Na normalidade das situações, estas duas prestações serão idênticas na sua realização, mas, se o cavaleiro não vier, há cumprimento perfeito na segunda desde que o professor apareça e ali fique pelo tempo devido, ao contrário do que se passa na primeira.

Devemos sublinhar muito que os actos de «quase-cumprimento», de aproximação ao cumprimento, *não são actos de cumprimento*. Prova disso é que, depois de o devedor ter suportado todos os custos necessários, se a sua esfera jurídica, por

---

<sup>132</sup> P. ex., escavação de caboucos e sapatas, armação de ferro e construção da estrutura de betão e de alvenarias, instalação de redes de águas, gás e electricidade, revestimento de paredes, pavimentos e tectos, carpintarias de acabamento (por «carpinteiros de limpos»), montagem de janelas e portas de sacada (serralharia), etc.

acidente, destruir o que foi realizado, o devedor tem de fazer tudo outra vez se isso for possível, suportando todos os custos, sem direito a contraprestação até que efectivamente cumpra. Do mesmo modo, duas prestações «na prática iguais» mas com diferenças subtis que as partes quiseram introduzir nos contratos, porventura até com aconselhamento jurídico, têm de ser respeitadas pelo intérprete-aplicador do direito na subtileza dessas diferenças, ao abrigo dos arts. 405.º e 406.º. A diferente distribuição de custos e riscos daí resultantes é para ser respeitada.

E, no entanto, há uma inequívoca aproximação material ao cumprimento em todos os custos de bens, trabalho e tempo suportados pelo devedor em obediência à sua obrigação.

### **Aproximação ao preenchimento do sinalagma e responsabilidade da esfera do credor**

À medida que o devedor se aproxima de cumprir, suportando os custos respectivos, aproxima-se também de preencher o seu lado do sinalagma, pois cada lado do sinalagma é preenchido quando se cumpre. Se o devedor cumpre, a contraprestação fica definitivamente devida; se se aproxima de cumprir, a contraprestação aproxima-se de ficar definitivamente devida. Isto devido à natureza do sinalagma como limitação imanente e final («finalística») de cada uma das obrigações envolvidas. Enquanto o devedor não cumprir efectivamente, ainda que apenas em parte, não se consolida o seu direito à contraprestação, ou sequer a parte dela. Mas, à medida que suporta os custos necessários, o devedor aproxima-se, na materialidade das coisas, de consolidar o direito à contraprestação, ou a parte dela na medida da aproximação.

Quando se celebra um contrato sinalagmático, cada uma das partes adquire o crédito à contraprestação, mas esse crédito é um direito diminuído, porque sujeito à realização da prestação. Ao cumprir, adquire-se definitiva e consolidadamente o direito à contraprestação. Seguindo o pensamento de materialidade que temos vindo a desenvolver, a suportação de custos pelo devedor em bens, trabalho e tempo, que se aproxima do cumprimento, constitui na mesma medida um reforço do direito à contraprestação, uma aproximação importante à sua definitiva consolidação.

A esfera jurídica do credor não pode retirar ao devedor o direito quase consolidado à contraprestação, na medida da consolidação. Não há, na verdade, um princípio jurídico, nos nossos horizontes, de responsabilidade pela esfera jurídica de cada um,<sup>133</sup> mas há o princípio importante da responsabilidade primária *da* esfera jurídica pelas

---

<sup>133</sup> Cf. *supra*, a sublínea das nn. 108 ss.

suas vinculações, *i.e.*, pelos direitos que os outros têm contra o titular. Ora, o devedor não tem um direito pleno à contraprestação até que cumpra, ocasião em que passará a gozar da tutela plena do seu crédito sobre o património da contraparte, mas tem uma aproximação suficiente a tal direito à medida em que vai suportando os custos da sua prestação. Seria então, digamos, «abusivo», «desproporcional» ou «excessivamente desequilibrado», para usar conceitos próprios dos argumentos de materialidade,<sup>134</sup> que a esfera do credor pudesse retirar ao devedor o direito à contraprestação na medida da consolidação, embora incompleta, que se foi produzindo.

Tal como a esfera jurídica do credor se subordinará à satisfação do crédito consolidado do devedor à contraprestação se este vier a cumprir, também ela se subordina à consolidação em curso à medida que o devedor suporta os custos respectivos, e seria «formalismo» defender o contrário, para usarmos outro daqueles conceitos. Assim, *a esfera jurídica do credor não pode impedir a constituição definitiva do crédito à contraprestação na medida dos custos (trabalho, tempo e despesas) já suportados pelo devedor*. Se a esfera do credor impossibilitar o cumprimento, constitui-se à mesma um crédito à contraprestação na medida daqueles custos; constitui-se o «sinalagma adventício», já satisfeito de um dos lados, próprio dos casos perplexos. Com isto, parece que fica justificada a interpretação que defendemos para o art. 1227.º.

Este argumento, que acreditamos ser o mais adequado, pode ainda contribuir para explicar a perplexidade e complexidade nestes temas. Os argumentos de materialidade assentam de modo profundo em juízos de analogia e aproximação, com elementos intuitivos menos sólidos. São diferentes da generalidade do direito da obrigação, que, segundo a Grande Tautologia, trata sobretudo de fazer valer os direitos das partes de acordo com o seu rigoroso conteúdo e as suas condições «formais». Sendo a solução dos casos perplexos, embora genérica, assente em juízos de materialidade, é natural que tenham surgido mais dúvidas, hesitações e oscilações nos resultados práticos.

## O que é a esfera do credor

A «esfera do credor» relevante para os casos perplexos suscitou amplas dúvidas, ao ponto de alguns autores a considerarem um «conceito demasiado indeterminado», que daria origem a decisões dos tribunais e posições da doutrina de «pura equidade»,<sup>135</sup>

<sup>134</sup> Ou do «direito compreensivo». Cf. P. Múrias, «Mito e Valor», cit., 384-403.

<sup>135</sup> Cf. os autores citados por M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito*, 279 (n. 733). Para V. Emmerich, não haveria «uma delimitação operacional»; para I. Koller, faltaria uma «avaliação racionalmente apoiada», chegando-se «exclusivamente a uma tomada de posição emocional do julgador».

não sendo «uma construção capaz de disponibilizar um critério genérico consistente».<sup>136</sup> Outras orientações tomaram a «esfera» como uma «esfera de *risco*», associada a «*riscos típicos*» do credor ou de um certo tipo de credor,<sup>137</sup> a «circunstâncias que o credor pode dominar» pelos seus «meios jurídicos»,<sup>138</sup> ou a uma «circunstância que, de acordo com a sua origem, fosse *dominável* pelo credor» ou que relevasse «do seu exclusivo infortúnio».<sup>139</sup> Estas orientações não passam de meros apelos à intuição ou de pseudofundamentações.

O «critério da origem» surgiu por vezes analisado como referindo-se ao «âmbito pessoal» ou «da organização empresarial» do credor, à sua «esfera de vida ou de empresa»,<sup>140</sup> o que se encaminha para aquilo que temos por correcto. Também nessa via, o *nosso Código Civil contém um conceito de «esfera»*, na definição dos requisitos da consignação em depósito, sendo a esfera referida como «qualquer motivo relativo à pessoa do credor» (art. 841.º/1-a).<sup>141</sup> Os autores que associam o fundamento de solução da mora do credor e dos casos perplexos ao princípio *casum sentit dominus* aproximam-se também de uma ideia de esfera do credor a partir dos seus bens (do seu património) e da sua pessoa (o seu âmbito de personalidade).<sup>142</sup>

Na perspectiva que seguimos na matéria dos casos perplexos, a esfera do credor é, para começar, *a sua esfera jurídica*, em especial o seu lado favorável ou activo, ou seja, os seus direitos, incluindo direitos patrimoniais e não patrimoniais. Assim, uma impossibilidade de cumprimento é gerada pela esfera do credor quando é *o objecto dos direitos do credor* que causa essa impossibilidade. O «objecto dos direitos» tem de ser entendido com alguma amplitude, para abranger não só as máquinas, os materiais, os edifícios e o corpo do credor, etc., mas também os seus empregados ou outras pessoas que lhe estejam ligadas.<sup>143</sup>

<sup>136</sup> C. Monteiro Pires, *Impossibilidade*, 754-756, que critica sobretudo a insuficiente determinação da esfera de risco.

<sup>137</sup> Cf. M.<sup>a</sup> L. Pereira, 40, em referência à posição de V. Beuthien.

<sup>138</sup> *Loc. cit.*, 296 (n. 772), sobre D. v. Schenck (estudo de 1950 sobre o conceito de esfera).

<sup>139</sup> Por surgir muito ligada «às circunstâncias privadas ou económico-profissionais do credor» (*loc. cit.*, 271, em referência a Beuthien).

<sup>140</sup> *Loc. cit.*, 91-92.

<sup>141</sup> Vaz Serra, na segunda parte do estudo sobre «Empreitada» (BMJ 146, cit.), propunha um conceito não definido de «esfera» no art. 28.º/2 e /3 do seu articulado, mas nos arts. 30.º e 31.º distinguia perturbações geradas por materiais fornecidos pelo credor, incluindo o solo, e por instruções suas.

<sup>142</sup> Caso de E. Picker e M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, no estudo que temos vindo a citar, esp.<sup>te</sup> 300-307.

<sup>143</sup> O «objecto dos direitos do credor» é entendido com amplitude, mas nem por isso com falta de rigor. Trata-se efectivamente de *direitos* do credor, no melhor sentido desta expressão, embora não possamos desenvolver aqui esse tema. A questão torna-se irrelevante, contudo, devido ao que dizemos a seguir no texto.

Esta concepção da esfera do credor explica-se por uma ou duas ideias coincidentes. Para começar, *são os direitos de cada pessoa que se subordinam*, por princípio, à realização dos direitos de outras pessoas nos casos em que estes devam prevalecer, segundo o princípio da responsabilidade primária.<sup>144</sup> O quase-cumprimento que ocorre nos casos perplexos gera uma aproximação a um direito à contraprestação que, por razões de materialidade, deve prevalecer sobre os direitos do credor como prevaleceria o próprio direito à contraprestação. Depois, os direitos do credor *são o próprio credor*, no sentido de que uma pessoa está *juridicamente presente* numa situação quer através do seu corpo e comportamentos, quer através dos bens de que é proprietário ou sobre os quais tem outro direito relevante.<sup>145</sup> Essa pessoa, nos casos perplexos, é o credor, e tem de respeitar a consolidação em curso dos direitos do devedor.

A concepção inicial de esfera do credor, que a identifica com a esfera jurídica (favorável, «activa») no sentido comum da expressão, tem contudo de ser completada e corrigida pelo *critério da autonomia privada, da mesma forma que vimos para a mora do credor*.<sup>146</sup> Na verdade, aquilo que conta decisivamente não é o que pertence à esfera jurídica do credor, mas sim aquilo que, na relação das partes e sobretudo nos termos do contrato celebrado, é configurado como acto ou facto necessário da esfera do credor, *i.e.*, como acto ou facto necessário do credor.

A esfera jurídica do credor pode impossibilitar o cumprimento quer «por acção», quer «por omissão».<sup>147</sup> Quando a esfera jurídica do credor impossibilita o cumprimento *activamente*, a eliminação de direitos do devedor não pode ser aceite, pelas razões que acabámos de ver, *salvo se* o contrato ou outro elemento da relação

---

<sup>144</sup> O exemplo básico é a responsabilidade patrimonial (arts. 817.º/2.ª e 601.º ss.), e outro é a sujeição à acção directa (cf. art. 336.º). O *ubi commodam*, entendido não num sentido consequentialista, mas num preferível sentido jus-subjectivo (*ubi emolumentum, ibi onus*), é ainda outro. Sobre estes *ubi commodam*, a propósito de automóveis, cf. P. Múrias, «Direito Subjectivo e Responsabilidade Objectiva», cit.

<sup>145</sup> Sobre o conceito de presença jurídica, cf. P. Múrias, «Direito», cit. Para uma introdução em tópicos, embora algo hermética, aos temas deste parágrafo, além desse artigo pode ver-se o texto de <https://muriasjuridico.weebly.com/uploads/1/4/6/1/146133835/paradoxodaresponsab.pdf>. A ideia de identificar uma pessoa jurídica (no caso, o credor) com a sua esfera jurídica (os seus direitos e deveres) é afirmada por mais de uma corrente da filosofia jurídica, a começar por H. Kelsen, e tem manifestações práticas em maior número do que se esperaria. Cf. P. Múrias, *AnAx*, 418-433 e 646-667, além dos estudos acabados de citar.

<sup>146</sup> Cf. *supra*, no texto das nn. 58 ss.

<sup>147</sup> As expressões «por acção» e «por omissão» fazem uma analogia com os verdadeiros comportamentos de uma pessoa humana, quando agora estão em causa «comportamentos» de uma esfera jurídica. A analogia é, contudo, bastante directa e clara, como se vê nos exemplos a seguir.

atribuía o controlo da concreta actividade em causa ao devedor. Mas esta última hipótese torna irrelevante a proveniência da esfera do credor. Quando a esfera do credor impossibilita o cumprimento *omissivamente*, a eliminação de direitos do devedor só não pode ser aceite se a colaboração da esfera do credor era subdevida nesse aspecto. Quando, contudo, alguma coisa é subdevida pelo credor, tanto faz que tenham sido propriamente os seus direitos a faltar quanto quaisquer outros factores, visto que eram subdevidos por ele. Tudo junto, a *falta de colaboração* ou, pelo contrário, o *impedimento* pela esfera do credor passa pelo crivo da concreta relação entre as partes e, em especial, do contrato por elas celebrado. Em rigor, o crivo não é só a autonomia privada, mas também a boa fé, as regras injuntivas e o mais que caiba em cada caso. Vejamos alguns exemplos.

Se, p. ex., um pintor se obriga a pintar certo muro que o credor lhe indicou, este em princípio não se exime de pagar parte da contraprestação em caso de ruína do muro, depois de o devedor ter iniciado os trabalhos, com o argumento de que *o muro afinal pertence a um vizinho*. Numa interpretação razoável do contrato em situações normais, o muro e a sua disponibilidade para a pintura (sub)deviam ser fornecidos pelo credor, como se fossem direitos seus. O devedor é que não tem direitos sobre o muro, e este é, na perspectiva da relação entre as partes, uma presença jurídica do credor, tal como a sua falta é uma sua ausência.

O raciocínio vale noutros casos em que a esfera jurídica do credor causa a impossibilidade da prestação «por omissão», *i.e.*, por falta de algum elemento essencial. Para usar o mesmo exemplo a que recorremos em sede de mora do credor, se a impossibilidade da prestação resultou de uma *falta de energia eléctrica* num momento essencial, ela é imputável à esfera do credor, gerando um caso perplexo, ou à esfera do devedor, gerando um não cumprimento comum, conforme as partes tenham acordado que o fornecimento competia a uma ou à outra.

Se uma *pianista vem de Xangai a Lisboa* para tocar num auditório em certo dia, os estragos no auditório que impeçam a actuação são da esfera do credor, gerando um caso perplexo, mas a ocorrência de *mau tempo em Lisboa* que impeça o acesso ao auditório ou porventura a aterragem no aeroporto também pode gerar um caso perplexo, conforme o concreto contrato celebrado. Seria comum, num caso como este, que a instituição lisboeta, credora da actuação da pianista, se encarregasse das viagens, do alojamento da pianista e do transporte entre o hotel e o auditório, de modo que todos esses aspectos fossem da sua esfera relevante para o contrato. Já algum acidente que a pianista sofresse antes da actuação, num «dia livre» a passear pela cidade, seria em princípio um facto da sua esfera.

As *instruções dadas pelo credor ao devedor* para realização da prestação, quando sejam deficientes e a impossibilitem, são também factos da esfera do credor, tal

como os *materiais que o credor forneça* para uma empreitada (e que, nas palavras do art. 1212.º/1-2.ª, «continuam a ser propriedade dele») ou para embrulho (embalagem) numa compra e venda, ou *as ferramentas cedidas para qualquer serviço*. Esses elementos são da esfera do credor, quer na perspectiva de que são produzidos pela sua esfera jurídica em sentido restrito (pelo objecto dos seus direitos, seja a sua pessoa ou os seus bens), quer na perspectiva de que são actos necessários da sua parte segundo a distribuição acordada no contrato. A isso excepcionam-se os casos em que o devedor saiba ou tenha o dever de saber o defeito desses materiais ou instruções e de impedir que eles impossibilitem ou dificultem o cumprimento.<sup>148</sup> A excepção deve ser entendida com moderação, no entanto, para não ser o devedor a suportar as consequências adversas dos erros do credor.

Nalguns contratos, alguns *elementos da esfera jurídica do credor são entregues ao devedor* para que este deles se ocupe e neles realize o restante da prestação. Assim, numa cirurgia com anestesia geral, o corpo do credor é entregue ao devedor para que este opere, tal como sucede quando um automóvel fica na oficina para reparação. Nesses casos, o devedor tem deveres de gestão da esfera do credor e, por isso, um comportamento desta que deva (e possa) ser impedido pelo devedor, quando gere uma impossibilidade ou outra perturbação do cumprimento, é afinal um facto da esfera do devedor, mesmo que este não tenha tido culpa no não cumprimento do seu dever. O critério é a autonomia privada ou, melhor dizendo, a distribuição entre as partes dos actos necessários ao cumprimento, como deveres ou subdeveres.

Também pode suceder que o credor *impossibilite a prestação em cumprimento de outros deveres para com o devedor*, p. ex., se o credor tem de omitir a sua colaboração para salvar dum afogamento o filho menor do devedor.<sup>149</sup> Nesses casos, a impossibilidade é gerada pela esfera do devedor.<sup>150</sup>

Apesar da variedade dos casos, o critério de identificação das esferas do credor e do devedor parece bastante unitário. Trata-se daquilo que cabe a uma ou outra das partes de acordo com os *direitos, subdireitos, deveres e subdeveres* que constituem a relação entre elas, em especial por virtude do contrato que as vincule, ou que entre

<sup>148</sup> Há indicações históricas significativas quanto a esta excepção. Cf. as referências ao C. de Seabra, ao código suíço e aos estudos de Vaz Serra *supra*, ca. nn. 115 ss.

<sup>149</sup> Este dever é em primeira linha – primeira e geralmente decisiva – um dever para com a criança, e não para com o seu pai, mas é também um dever para com o pai no quadro da relação contratual em causa.

<sup>150</sup> A. Taveira da Fonseca deixa implícito este exemplo em *Teoria Geral*, cit., 182, tendo-no-lo sugerido informalmente. A autora argumenta, todavia, em referência a deveres de ordem superior e a um critério de inexigibilidade *em geral*, o que não nos parece suficiente para afastar o dever de remuneração proporcional quando o devedor tenha suportado os custos da parte correspondente.

elas vigoram antes e independentemente do contrato ou outro facto jurídico que funda essa relação, nomeadamente os seus direitos de propriedade e de personalidade.

### O efeito exoneratório do quase-cumprimento

Nalguns dos casos perplexos, como dissemos no início, a perturbação procedente da esfera do credor *não gera a impossibilidade definitiva* da prestação.<sup>151</sup> Pensamos, p. ex., nas aulas de ténis ou de equitação a que o aluno falta por ter sofrido um acidente no caminho, ou no espectáculo a que o espectador que comprou bilhete acaba por não assistir porque adoeceu. O problema específico de a prestação continuar a ser possível depois da perturbação é o de saber se o devedor ainda tem ou não de prestar. A doutrina é, contudo, unânime no reconhecimento de que o devedor fica exonerado, faltando apenas encontrar a melhor justificação jurídica para o efeito. A nosso ver, não há disposição legal portuguesa que o determine,<sup>152</sup> e a liberação do devedor, mantendo o direito à contraprestação, funda-se directamente no princípio dos casos perplexos, *i.e.*, na ideia de materialidade da aproximação ao cumprimento, na medida dos custos em trabalho e tempo, conjugada com a responsabilidade da esfera do credor<sup>153</sup>.

Boa parte da doutrina qualifica estes casos como impossibilidade ou outro não cumprimento definitivo da prestação. Com isso, dado o efeito extintivo da impossibilidade, a doutrina evita a consequência injusta de o devedor permanecer obrigado a prestar ao credor que esteve ausente no dia e hora convenionados. Esta argumentação parece-nos, todavia, um «truque» argumentativo que não deve ser aceite, apesar do bom resultado a que conduz. Tacitamente, a doutrina inverte os fundamentos. Segundo nos parece, *é porque não se pode exigir* o cumprimento em momento ulterior que a doutrina a essencializa o prazo da prestação, de modo a que, sendo ele ultrapassado, haveria impossibilidade. Em Baptista Machado e noutros autores, é explícito que a exoneração do devedor é a premissa, e não, como deveria ser, a conclusão<sup>154</sup>.

Mas os casos, na sua maioria, *não são* mesmo de impossibilidade definitiva. Faltando o aluno à aula presencial, ou o cliente do teatro ou cinema à hora marcada,

<sup>151</sup> Cf. n. 90 e texto correspondente, *supra*.

<sup>152</sup> A Alemanha beneficia do § 615 BGB, a que nos referimos mais de uma vez.

<sup>153</sup> Falta também uma disposição legal que exonere o devedor (e lhe assegure o direito à contraprestação) nos casos mais fáceis em que a omissão do credor seja voluntária.

<sup>154</sup> Cf. M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito*, 192-202, onde se encontra uma análise mais pormenorizada das diversas propostas de enquadramento destes casos na figura da impossibilidade.

o cumprimento *poderia* ocorrer depois, como se prova no caso inverso de uma perturbação devida à esfera do devedor, em especial se imputável a este. Em tal caso, deve reconhecer-se ao credor o direito a exigir o cumprimento tardio, assim como ao devedor a faculdade de purgar a mora, sujeita aos limites gerais da conversão da mora em incumprimento definitivo (cf.art. 808.º). Se, como pretendem os autores, o mero atraso gerasse a impossibilidade definitiva destas prestações, nada disto seria possível. À mesma crítica se expõe a ideia frequente de que as prestações deste tipo estariam sujeitas a um termo objetivo absolutamente fixo.<sup>155</sup> Se for o professor de ténis a atrasar-se, o aluno pode naturalmente exigir a aula noutra dia, salvo especialidades de algum contrato.

Nas prestações de massas (*v.g.*, uma representação teatral), apesar da falta comparência do credor, o devedor executa *na íntegra* os actos que, do seu lado, eram necessários ao cumprimento. Nessa medida, seria tentador dizer que o devedor fica exonerado *por ter cumprido*, mantendo, também com base nisso, o direito à contraprestação. Mas a aplicação a estes casos do conceito cumprimento não lida bem com algumas subtilezas. Se o lugar destinado ao espectador que falta é ocupado por outra pessoa (segundo a prática louvável de permitir aos menos abonados a ocupação de assentos vagos), poderá dizer-se que há, não obstante, cumprimento perante o credor ausente? E se faltam todos os espectadores, terá o organizador do espectáculo de o pôr efectivamente em cena para justificar a recusa de restituição do preço dos bilhetes? A resposta negativa a ambas as perguntas faz descrever do acerto de qualificar os actos do devedor, na ausência do credor, como cumprimento da prestação que tem de ser prestada perante este (art. 769.º). A exoneração do devedor neste tipo de perturbações das prestações de massas tem de ser procurada noutros lugares.

A dificuldade destes casos localiza-se a montante do problema da contraprestação. Trata-se, sim, como dizemos, do efeito exoneratório do devedor. Este deve ser exonerado *porque* há um quase-cumprimento, que só não chega a ser cumprimento por causa da esfera jurídica do credor. Ora, a esfera do credor não pode suprimir o direito quase consolidado à exoneração, tão pouco quanto poderia suprimir o direito quase consolidado à contraprestação. Obrigar o devedor a prestar em momento ulterior duplicaria os seus custos – no caso do professor, não o esforço, mas a perda do seu tempo. Quando os custos suportados pelo devedor sejam «gerais» – no sentido de poderem não corresponder ao cumprimento de apenas

---

<sup>155</sup> P. ex., Antunes Varela, *Das Obrigações*, vol. II, 163, e A. Taveira da Fonseca, *Teoria Geral*, 180. Por nós, aceitamos que, nas prestações de massas, será, porventura, frequente haver um termo subjectivo relativo em benefício do devedor: cf. M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito*, 194.

uma obrigação, mas sim de uma multiplicidade delas, como nas prestações de massas – seria especialmente despropositado forçá-lo a *repetir* tudo o que é necessário para cumprir. Se a perturbação tem origem na esfera do credor, o quase direito do devedor tem de prevalecer sobre o «não direito» do credor a exonerar-se. No melhor rigor, «a obrigação deve *ter-se por cumprida*»<sup>156</sup>, porque foi feito tudo, ou quase tudo, o que cabia ao devedor fazer. É por isso que este mantém o direito à contraprestação (com eventuais descontos como os dos arts. 795.º/2 e 815.º/2), e é por isso também que fica exonerado. O fundamento da solução está na *aproximação* ao cumprimento e ao preenchimento do sinalagma, que só não se completou em razão de um impedimento da esfera jurídica do credor.<sup>157</sup>

### Os casos perplexos nas prestações de coisa

A doutrina tradicional sobre os casos perplexos e os respectivos exemplos mais comuns, conforme assinalámos no início deste número, respeitam a prestações de facto, como nas empreitadas e na prestação de serviços em sentido restrito. Na fundamentação da solução dos casos perplexos, contudo, nada há que a restrinja a prestações de facto. Aquilo que se passa é que estes casos são *menos comuns na compra e venda* e noutras relações com prestações de coisa, e os seus *efeitos são por vezes aparentemente diferentes*. Contudo, os casos também podem acontecer aqui, e os efeitos, na substância, são afinal iguais. Algumas das hipóteses têm previsão nas leis extravagantes.

Assim, na compra e venda a consumidores – apesar da suposta teleologia de protecção dos consumidores – o art. 22.º/4 LVC,<sup>158</sup> sobre «conformidade dos bens imóveis», prescreve que «não se considera existir falta de conformidade, na acepção do presente artigo, [...] se ela decorrer *dos materiais fornecidos pelo consumidor*». A consequência estabelecida na lei é que o vendedor entrega um bem defeituoso, de acordo com o sentido do contrato celebrado, mas o bem é tido por não defeituoso, com a obrigação de o consumidor pagar a totalidade do preço.

Na compra e venda internacional, o art. 42.º/2-b CVI dispõe que «a obrigação do vendedor» de entregar «mercadorias livres de direitos ou pretensões de terceiro»

<sup>156</sup> Neste sentido já Baptista Machado, «Risco Contratual e Mora do Credor», 297, a quem pertence o trecho entre aspas.

<sup>157</sup> Revê-se assim a proposta de considerar estes casos como de mora do credor (M.<sup>a</sup> Lurdes Pereira, *Conceito*, 209-212), embora já se antes se reconhecesse que o regime desta não continha um preceito que estatuisse a exoneração do devedor.

<sup>158</sup> Decreto-Lei n.º 84/2021.

com base no direito da «propriedade industrial ou outra propriedade intelectual» não inclui as situações em que «o direito ou a pretensão [do terceiro] decorre do cumprimento por parte do vendedor dos planos técnicos, *design*, fórmulas ou de outras especificações análogas *fornecidos pelo comprador*.» Ou seja, a obrigação do vendedor considera-se *perfeitamente cumprida*, apesar da existência de um defeito jurídico (os tais direitos ou pretensões de terceiro), quando este defeito decorre de instruções do comprador. A consequência é que o vendedor entrega um bem que seria defeituoso, de acordo com o contrato, mas, apesar disso, o comprador tem de pagar o preço na totalidade.

Na CVI, na verdade, o teor deste art. 42.º/2-b apenas concretiza a disposição mais ampla, a que já aludimos, do art. 80.º, segundo a qual «uma parte não pode invocar a violação contratual pela outra na medida em que essa violação se deva a um acto ou omissão da primeira». É isso que ocorre no art. 42.º/2-b, através das informações prestadas pelo comprador, mas pode ocorrer em muitos outros casos. Sublinhe-se que o art. 80.º não faz a consequência depender de «culpa» do credor, nem de algo semelhante à culpa como o que aí se prevê no art. 79.º. Trata-se apenas de ser a sua esfera, activamente ou numa «omissão» contratualmente indevida, a causar o não cumprimento.<sup>159</sup> O princípio normativo subjacente à teoria dos casos perplexos tem assim um efeito directo geral.

Estes efeitos jurídicos correspondem a o comprador ter de pagar a contraprestação, não só na medida dos bens que lhe são correctamente entregues, mas também na medida em que o devedor vendedor suportou todos os restantes custos em trabalho, tempo e materiais para a realização da prestação, conforme devia. Se, apesar disso, a prestação ficou indevidamente cumprida, devido à esfera do credor comprador, nem por isso este deixa de pagar também por esses actos do devedor destinados ao cumprimento. Ou seja, tudo somado, o credor paga pela prestação total, *i.e.*, paga a totalidade da contraprestação.

O princípio é geral, segundo a doutrina dos casos perplexos, e vale para os casos não especificamente previstos na lei geral (o CC) ou nas leis especiais. Se as coisas a entregar por um vendedor ou outro prestador de coisas se deterioram ou destroem, antes da transferência do risco, devido a instruções dadas pelo credor

---

<sup>159</sup> Cf. Schlechtriem/Schwenzer/I. Schwenzer, *Commentary*, cit., pp. 1398-1401, que aqui inclui os casos de instruções ou desenhos fornecidos pelo comprador e qualquer «causação indirecta [...] que caia na esfera de risco» do credor. O art. 7.1.2 dos Princípios Unidroit também sustenta que uma parte não pode invocar o incumprimento da contraparte na medida em que esse incumprimento «tenha sido causado por acto ou omissão da primeira ou por outro acontecimento cujos riscos a primeira suporte».

(p. ex., instruções de acondicionamento para transporte), devido a materiais por ele fornecidos (p. ex., os materiais de embalagem) ou devido às suas acções ou a factos da sua esfera jurídica (p. ex., ao inspeccionar os bens antes da celebração do contrato, ou ao escolher coisas genéricas depois da celebração), então a prestação ainda se tem por cumprida na medida da deterioração. O efeito da esfera do credor é idêntico ao da transferência do risco. Se a transferência do risco tivesse já ocorrido, é claro, a obrigação de pagar a contraprestação sempre estaria garantida, mesmo que a perda, perecimento ou deterioração não proviesse daquela esfera.

O motivo de não se falar frequentemente dos casos perplexos a respeito das prestações de coisa parece ser apenas o de que eles são aí menos frequentes. Não é frequente sequer que a esfera do credor *tenha acesso* às coisas antes do cumprimento ou da transferência do risco. Quando o credor fornece *materiais* para o devedor lhe entregar depois um bem em que eles foram incorporados, o comum é que o contrato seja uma empreitada, vista como prestação de facto, e não uma compra e venda com a sua prestação de coisa. Contudo, e como acabamos de ver nos exemplos, também são possíveis intervenções lesivas da esfera do credor no âmbito de prestações de coisa e antes da transferência do risco, designadamente quando esse credor é um comprador. Nesses casos, o credor é obrigado à totalidade da contraprestação, sempre que o devedor tenha suportado a totalidade dos custos que lhe competiam. A doutrina dos casos perplexos é geral.

### De novo as reticências ao art. 795.º/2

Com a doutrina geral dos casos perplexos, ficam cobertas as áreas mais significativas, ou mais inequívocas, de aplicação do art. 795.º/2. Quando a esfera do credor impossibilita a prestação lesando bens do devedor, como é comum em certas prestações de coisa,<sup>160</sup> o art. 795.º/2 manda realizar a contraprestação em caso de culpa, mas o art. 1227.º, tal como o interpretámos, impõe que ela seja paga independentemente de culpa, desde que os custos, *lato sensu*, suportados pelo devedor sejam a totalidade daqueles que seriam suportados para realizar a prestação.

Nos casos em que a impossibilidade é acompanhada de custos de menor dimensão, «por causa não imputável a qualquer das partes», o art. 1227.º determina que a contraprestação seja paga na medida desses custos, enquanto o art. 795.º/2, só para casos de culpa, continua a impor o pagamento de toda a contraprestação. Estes resultados do art. 795.º/2 são contra-intuitivos e não se compaginam da

<sup>160</sup> *Supra*, no ponto 2/b, 2.ª subalínea.

melhor maneira com outros princípios civis.<sup>161</sup> Parece então que a solução flexível dos casos perplexos e do art. 1227.º é a mais adequada também para casos de culpa, devendo o art. 795.º/2 ser deixado apenas para casos de «culpa desrazoável» e, em especial, para aqueles em que o comportamento é contrário à boa fé, conforme a proximidade ao art. 275.º/2 que vimos na tentativa de fundamentar o art. 795.º/2.

### Outras hipóteses de custos gerados pelo credor

No capítulo das perturbações do cumprimento geradas pelo credor, merecem ainda autonomia os casos em que a perturbação *não dá origem a um não cumprimento* – não há impossibilidade, nem cumprimento defeituoso, nem um atraso devido ao credor –, *nem ocorre durante a mora do credor*, mas o devedor sofre um aumento dos custos da sua prestação. Suponha-se, p. ex., que os andaimes para uma empreitada de pintura são derrubados pela queda fortuita de uma varanda; ou os materiais fornecidos pelo credor deterioram-se e têm de ser substituídos por outros, obrigando o devedor a repetir trabalho. Em ambos os casos, os trabalhos já feitos numa empreitada em curso, que ainda não contam como cumprimento parcial, são destruídos pela esfera do credor sem culpa deste. O devedor realizará a prestação, possivelmente sem nenhum atraso, e receberá por ela a contraprestação, mas é inequívoco que o seu trabalho, tempo e despesas a mais têm de ser compensados.

Estes casos são tradicionalmente considerados pela doutrina em conjunto com os casos perplexos, mas neles não está em causa o pagamento da contraprestação acordada ou de uma parte dela, porque o devedor ainda cumprirá e, por isso, terá direito a ela por inteiro. Por outro lado, as hipóteses têm semelhanças estreitas com o aumento de custos previsto no art. 816.º como consequência da mora do credor, mas não caem na sua previsão por não haver atraso. São, digamos, situações a meio caminho entre a mora do credor e os casos perplexos, e este «meio caminho» deixa a dúvida prática de saber se o devedor tem de ser *indemnizado*, como no art. 816.º, ou se tem de receber um *acréscimo proporcional da contraprestação*, semelhante à remuneração do trabalho e tempo no art. 1227.º.

Parece correcta a equivalência com o art. 816.º, pois também os casos de mero aumento de custos passam pelo sacrifício de um subdireito do devedor com vista à manutenção da obrigação. Na mora do credor, está em causa um específico subdireito sacrificado, o subdireito a cumprir cedo, destinando-se os arts. 814.º ss. a evitar que esse sacrifício reverta em prejuízo do devedor. Mesmo quando a

<sup>161</sup> *Supra*, ponto 2/b-3.ª.

esfera do credor transgride outros subdireitos, o regime respeita ao atraso e, portanto, é o subdireito a cumprir cedo que é tutelado pelos efeitos seguintes. Nas situações de aumento de custos, não há tal atraso, mas *trata-se ainda de a esfera do credor comportar-se de forma (sub)indevida e de a obrigação do devedor se manter apesar disso*. Não é propriamente mora do credor, mas fica justificada uma indemnização pelo sacrifício em termos idênticos aos do art. 816.º.

Por outro lado, também parece correcta a equivalência aos casos perplexos, já que os custos acrescidos se aproximam materialmente de um cumprimento, tendo o sentido económico de consolidação do direito à contraprestação que não lhe deve ser retirado pela esfera do credor. Sobretudo, quando o acréscimo de custos seja um acréscimo de *trabalho* (p. ex., para manter o prazo contratado), a necessidade de remunerá-lo torna-se premente. Dir-se-ia que o devedor pode optar entre uma remuneração acrescida, na linha do art. 1227.º e dos casos perplexos, e uma indemnização análoga à do art. 816.º.