

CULPA, RISCO E IMPOSSIBILIDADE NO DIREITO PORTUGUÊS DO NÃO-CUMPRIMENTO

FAULT, RISK AND IMPOSSIBILITY UNDER PORTUGUESE LAW OF NON-COMPLIANCE

Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde¹

RESUMO

No âmbito do sistema português de não cumprimento das obrigações, o devedor não responde apenas pelos danos causados por incumprimento culposos da prestação. A sua responsabilidade perante o credor também se pode basear na esfera de riscos da prestação sempre que está se torna subjectivamente impossível de cumprir, sem que haja, contudo, impossibilidade objectiva de cumprimento.

Palavras-chave: Impossibilidade Subjectiva, Impossibilidade Objectiva, A Esfera de Risco da Prestação, Alteração de Circunstâncias.

ABSTRACT

Under the Portuguese system for non-compliance with obligations, the debtor is not only liable for damages caused by culpable non-compliance with the provision. Its responsibility towards the creditor can also be based on the scope of risks of the provision whenever it becomes subjectively impossible to fulfill, without, however, objective impossibility of fulfillment.

Keywords: Subjective Impossibility, Objective Impossibility, The Sphere of Risk of the Provision, Change of Circumstances.

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS. A BIPARTIÇÃO DAS CAUSAS DE NÃO CUMPRIMENTO

I. No Direito português, a ordenação das causas de não cumprimento das obrigações obedece a um sistema de tipo binário. O Código Civil distingue tão-somente entre impossibilidade de cumprimento e mora *não imputáveis* ao devedor (artigos 790.º e seguintes²) e falta de cumprimento e mora *que lhe sejam imputáveis* (artigos 798.º e seguintes).

Em termos de lógica da probabilidade, a adopção deste modo de organização de um dado universo material significa que a respectiva compreensão se basta, segundo os autores do modelo, com a sua divisão em apenas duas partes componentes, que tanto são mutuamente exclusivas como mutuamente exaustivas.

Concretizando: se existe não cumprimento provocado por um facto culposo do devedor, então não há impossibilidade – porque qualquer uma dessas duas coisas é o que é, não se confundindo com a outra, razão pela qual se dizem mutuamente exclusivas – mas se não existir impossibilidade de prestar, então não pode deixar de haver culpa, porque não se admite uma terceira possibilidade, factor que as torna mutuamente exaustivas.

Este último atributo que caracteriza o sistema legal do não cumprimento afasta, assim, a solução que se poderia apresentar como a mais simples para o caso de não haver culpa. Verificado o inadimplemento da prestação, assistiria sempre ao devedor o direito de ilidir a presunção de culpa que sobre si recai nos termos do artigo 799.º, n.º 1. Cumprido este ónus probatório, dar-se-ia, para efeitos práticos, a extinção do vínculo obrigacional por exclusão de responsabilidade, em virtude de faltar um dos seus pressupostos fundamentais, a culpa.

Destarte, o Código de 1966 teria, ao menos de forma indirecta, perfilhado uma doutrina já antiga, professada entre outros por Guilherme Moreira, o qual sustentava que o caso fortuito começava onde cessava a culpa: estabelecidos os respectivos critérios de determinação, com o que se delimitava o seu domínio, implicitamente se fixava o conceito de caso fortuito³.

² Doravante, as disposições legais citadas sem indicação de fonte reportam-se ao Código Civil português em vigor.

³ *Instituições do Direito Civil Português*, Volume I – Parte Geral, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907, p. 601.

II. A articulação assim delimitada entre culpa e caso fortuito poderia realmente reivindicar forte base de sustentação, tendo em consideração que caso fortuito é o evento que, não *podendo ser previsto* pelo devedor, impede o cumprimento da prestação. Com efeito, o conceito de caso fortuito não tem carácter naturalístico e absoluto, mas normativo e relativo; a previsibilidade afere-se pelo padrão do *bonus pater familias* aplicado à posição do concreto devedor, a quem cabe averiguar se o facto (ou as suas consequências) que pode obstar ao cumprimento é ou não *provável* à luz do curso normal das coisas. Não existe, portanto, o dever de prever factos que, sendo possíveis, não são, contudo, prováveis, como sempre ensinou Pessoa Jorge⁴.

Exemplifique-se com o forte temporal anunciado por uma previsão meteorológica. Avisado da tempestade, o devedor de uma prestação de entrega de mercadorias a efectuar na madrugada seguinte e que, contando com tempo seco durante a noite, tinha a carga já arrumada a céu aberto em cima do camião como sempre costumava fazer, não pode evidentemente prevenir aquela intempérie; tem, contudo, o dever de acautelar as suas consequências, guardando a viatura num espaço fechado de forma a salvaguardar o bom estado dos bens até à entrega.

Deste modo, adoptar o comportamento prescrito pelo estalão legal de culpa significa que o *solvens* deve preparar e executar o cumprimento da prestação não em atenção a tudo aquilo que pode suceder, mas tão-somente em função do que é provável acontecer à luz da ordem normal dos factos.

Em suma, o princípio da culpa que se diz governar o sistema português de responsabilidade civil estaria devidamente salvaguardado. Todos os factos ou os respectivos efeitos que não pudessem ser evitados segundo o estalão legal de diligência tornariam a prestação juridicamente impossível de cumprir, configurando, por consequência, uma impossibilidade de cumprimento não imputável ao devedor que provocaria a extinção do vínculo obrigacional e a sua consequente exoneração (artigos 790.º e seguintes)⁵.

⁴ *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, CCTF, Lisboa, 1972, p. 126.

⁵ É essencialmente este o entendimento sufragado por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 7.ª edição, 1997, pp. 355-356, para quem, ainda que não haja mora do credor ou que a prestação se não impossibilite casualmente, o devedor só responde pelo não cumprimento se cometer uma falta culposa, ao invés do que sucedia em face do artigo 705.º do Código de 1867. Aponta em sentido semelhante, NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 444, considerando que o devedor se exonera caso prove que agiu com a diligência exigível.

Esta solução de admitir a extinção da obrigação pela mera ausência de culpa só seria, porém, legalmente admissível, se o regime da impossibilidade subjectiva da prestação se conciliasse com ela. Concretizando: teria que existir uma regra que estabelecesse a extinção da obrigação por impossibilidade subjectiva da prestação, sempre que o devedor não a conseguisse cumprir apesar de ter empregado a diligência característica do *bonus pater familias*.

Não existe, contudo, tal regra. Como veremos adiante, foi recusada a proposta apresentada por Vaz Serra durante os trabalhos preparatórios que apontava, precisamente, no sentido de isentar o devedor de responsabilidade sempre que não lhe fosse pessoalmente possível assegurar a realização da prestação.

Logo, a exoneração do devedor em caso de incumprimento não culposos que não preencha os requisitos da impossibilidade objectiva terá que se fundar em soluções oferecidas por quadrantes jurídicos distintos do Direito do não cumprimento, previsto e regulado nos artigos 790.º a 808.º.

III. Em primeiro lugar, e além de outras relevantes objecções que já lhe foram apontadas⁶, não é possível extrair a conclusão de que o caso fortuito começa onde cessa a culpa, porque colide com dois institutos que fazem ingressar o critério do *risco* no processo de delimitação da esfera de responsabilidade do devedor: a impossibilidade superveniente da prestação e a alteração de circunstâncias.

Conforme resultará do estudo que se empreende adiante, só a impossibilidade objectiva e absoluta desvincula o devedor do dever de prestar. A mera impossibilidade subjectiva, enquanto obstáculo ao cumprimento que *apenas afecta a pessoa (ou os bens) do devedor*, impedindo-o de cumprir, não é liberatória em si mesma considerada. Dessa análise pode, inclusive, decorrer que o devedor deva responder como se faltasse culposamente ao cumprimento sempre que não haja impossibilidade objectiva e absoluta de cumprimento, apesar de a conduta exigível para

⁶ A ideia de que a culpa cessa onde começa o caso fortuito foi criticada por PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, pp. 129-131, por considerar que o entendimento resulta de uma confusão de planos entre omissão do comportamento devido e culpa. Verificada a omissão do comportamento devido, impõe-se sempre averiguar se é ou não culposa. Também CATARINA MONTEIRO PIRES, *Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir*, Revista da Ordem dos Advogados, 2016, Ano 76, p. 118, observa que pode não haver força maior e não existir culpa (a elisão da presunção pode apelar a outros motivos), do mesmo modo que pode existir força maior e subsistirem deveres cujo cumprimento se exige.

assegurar a realização da prestação ter cumprido os esforços impostos pelo padrão legal de culpa.

Ora, afirmar-se que, não havendo impossibilidade, o devedor responde como se tivesse culpa, significa que, afinal, certos *riscos* que se limitam a agravar consideravelmente as dificuldades de cumprimento sem configurar situações legais de impossibilidade, correm por conta do devedor. Apesar de transcenderem, por definição, a esfera da responsabilidade culposa, esses riscos, a concretizarem-se, podem desencadear a imputação por não cumprimento culposos, se o devedor não conseguir cumprir a prestação por não lhe ter sido possível superar os obstáculos imprevistos que lhe surgiram.

Em segundo lugar, o outro instituto que concorre no mesmo sentido de implicar uma esfera de riscos a cargo do devedor é a alteração de circunstâncias. A aplicação do dispositivo previsto no artigo 437.º requer que as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tenham sofrido uma alteração *anormal* que, *não estando coberta pelos riscos próprios do contrato*, torne *inexigível à luz da boa-fé* o cumprimento das obrigações assumidas⁷.

O regime da alteração de circunstâncias representa, assim, o reconhecimento legal expresso que a concreta extensão do comportamento devido pode ser determinada por eventos supervenientes ditados por riscos que, *sendo próprios do contrato*, cabe ao devedor suportar, sob pena de incorrer em responsabilidade, mesmo não havendo culpa da sua parte.

É certo que responder por certos riscos não é, em si mesmo, incompatível com o princípio da culpa desde que estejam em causa factos previsíveis, como acima se assinalou. Um produtor florestal que contratou com uma celulose o fornecimento de uma certa quantidade de madeira de eucalipto durante o trimestre que se inicia em 1 de junho, deve tomar em consideração que julho e agosto são os meses mais propícios aos fogos, pelo que a cautela imposta pela diligência normativa pode aconselhar a que o corte das árvores (e porventura a própria entrega) ocorra ainda em junho.

⁷ Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IX. Direito das Obrigações, Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção*, Coimbra, Almedina, 3.ª ed. (reimpressão, 2019), pp. 686-691, a referência aos riscos próprios do contrato apenas serve para conferir natureza supletiva ao dispositivo do artigo 437.º perante o regime legal ou contratual do risco e mais latamente a todas as regras de imputação de danos. A exigência de que as alterações se registem fora da álea do contrato já resultaria das referências à anormalidade da modificação e à boa-fé.

Todavia, o artigo 437.º não se reporta aos riscos previsíveis, pois estes já estão abarcados pela diligência normativamente exigível. Logo, a referência do artigo 437.º à álea do contrato só não será redundante se tiver em vista factos que, fazendo *objectivamente* parte da área de risco negocial, escapam à previsibilidade do contraente comum.

IV. O problema da esfera de risco a cargo do devedor tem merecido alguma atenção da doutrina portuguesa.

Baptista Machado veio defender que corre por conta do devedor o risco da prestação, o qual engloba o agravamento do respectivo custo ou das suas dificuldades de execução, enquanto a prestação se mantém possível *in natura* e o da perda do direito à contraprestação, bem como a perda dos dispêndios e esforços feitos com vista à execução da prestação, quando esta se torne impossível⁸.

Segundo António Menezes Cordeiro, uma das funções assinaladas à boa-fé no contexto do artigo 762.º consiste na determinação do esforço exigível, podendo, no limite, dar azo a figuras como a impossibilidade económica, a inexigibilidade e a alteração das circunstâncias ou, até, o abuso de direito, todas elas modeladas pela boa-fé⁹.

António Pinto Monteiro considera que nos casos em que se concluisse pelo não cumprimento sem que existisse verdadeira impossibilidade de prestação, esta *culpa* exprimiria, em muitos casos, mais do que um juízo de censura dirigido ao devedor, uma forma de o onerar com o risco de falhas da empresa. De facto, tais acasos não representariam eventos de força maior precisamente por não se mostrarem exteriores à sua empresa. Como assim se chega a resultados muito próximos da ideia de *risco*, seria, pois, de admitir que, em tais casos, o devedor pudesse, por acordo com o credor, excluir a sua responsabilidade¹⁰.

⁸ *Risco contratual e mora do credor*, Obra Dispersa, Volume I, Scientia Juridica, pp.274-275.

⁹ *Código Civil Comentado, II – Das Obrigações em Geral*, (anotação 37 ao artigo 762.º).

¹⁰ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2020 (3.ª reimpressão), pp. 64-65 (e notas 127 e 128, citando de forma concordante, doutrina francesa e italiana) e 239-240 (e nota 545), interrogava-se ainda se, em alternativa ao raciocínio anterior, a questão deverá relevar apenas no quadro da alteração anormal das circunstâncias (artigo 437.º). Finalmente, equacionava se seria de ter em conta, para o efeito, o facto de se tratar de obrigações de resultado, ou apenas de meios, só a impossibilidade exonerando o devedor no primeiro caso, enquanto, tratando-se de obrigação de meios, bastaria ao devedor provar que não teve culpa.

Para Antunes Varela, se as dificuldades se deverem apenas a circunstâncias fortuitas (desvalorização da moeda, estragos causados por temporais ou outros acidentes da natureza), o devedor terá de suportar inteiramente o custo agravado da prestação, mesmo que esta se torne acentuadamente onerosa e que ele tenha utilizado toda a diligência possível para prevenir essas circunstâncias: “Para a obrigação se extinguir, não basta alegar e provar que, não obstante toda a diligência exigível do devedor, ele a não pode cumprir. A obrigação só se extingue quando há realmente impossibilidade (objectiva) da prestação”. Em suma, «a lei considera que o devedor, ao contrair a obrigação, não só se compromete a preparar em tempo oportuno os meios necessários ao cumprimento e a afastar os obstáculos a este cumprimento (diligência preparatória e diligência preventiva), como assume o *risco* de a prestação se lhe tornar impossível (subjectivamente) de cumprir, desde que não haja impossibilidade objectiva da prestação (...)»¹¹.

Pedro Romano Martinez entende que a situação não se alterou em relação ao Código de Seabra, não bastando ao devedor provar uma actuação isenta de qualquer juízo reprovador; o devedor tem de demonstrar que o não cumprimento se ficou a dever a uma causa estranha¹².

Segundo Almeida Costa, a extrema onerosidade ou dificuldade da prestação, ainda que não exonere o devedor, poderá justificar a sua indemnização pelo credor quando resulte de facto que lhe é imputável, à luz dos ditames da boa-fé artigo 762.º, n.º 2¹³.

Pelo nosso lado, já tivemos igualmente oportunidade de chamar a atenção para a existência de um “território intercalar” entre impossibilidade subjectiva e objectiva. Esse espaço é constituído por situações em que o devedor está subjectivamente impossibilitado de cumprir, sem que, todavia, exista impossibilidade objectiva, razão pela qual o devedor se mantém vinculado ao cumprimento da prestação, a não ser que possa invocar algum meio de defesa que bloqueie a pretensão de cumprimento¹⁴.

¹¹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume II, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 1997, p. 71 (e nota 1).

¹² *Cumprimento defeituoso – Em especial, na compra e venda e na empreitada*, Almedina, Coimbra, 1994, p. 306.

¹³ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 12.ª edição, 2009, p. 1075.

¹⁴ RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *O Direito dos contratos privados face à presente crise pandémica*, RFDUL/LLR, LXI (2020.1), pp. 657 e ss.

V. A existência de uma esfera de risco a correr por conta do devedor carece, contudo, de ser confirmada pelas conclusões que se consigam extrair da subsequente análise do regime legal da impossibilidade de cumprimento.

2. A DISCIPLINA LEGAL DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO NÃO IMPUTÁVEL AO DEVEDOR

Segundo o regime vigente, o devedor apenas se desvincula do cumprimento com a consequente exoneração de responsabilidade se a impossibilidade superveniente da prestação revestir um exigente conjunto de atributos cumulativos, devendo ser *total, definitiva, objectiva e absoluta*¹⁵.

I. A impossibilidade tem que ser *total*, porque caso não respeite a toda a prestação, mas apenas a uma parte dela, a lei determina que o devedor se exonera mediante a prestação do que for possível, devendo ser proporcionalmente reduzida a contraprestação a que a outra parte estiver vinculada (artigo 793.º, n.º 1); no entanto, se o credor não tiver justificadamente interesse no cumprimento parcial, pode resolver o negócio (artigo 793.º, n.º 2).

A impossibilidade tem também que ser *definitiva*, porque, sendo temporária, o devedor permanece adstrito à realização da prestação, embora não responda pela mora no cumprimento (artigo 792.º, n.º 1). Contudo, a impossibilidade temporária converte-se em definitiva, quando houver perda do interesse do credor no cumprimento (artigo 792.º, n.º 2), perda que deve ser avaliada objectivamente segundo as finalidades de uso, troca ou alienação que o credor se propunha conseguir com a prestação.

II. Em terceiro lugar, a impossibilidade diz-se *objectiva* quando a prestação se torna insusceptível de ser realizada por qualquer pessoa. Se, por exemplo, alguém se obrigou a reparar um automóvel avariado que entretanto se incendiou por completo devido a um curto-circuito no sistema eléctrico, a prestação tornou-se objectivamente impossível de cumprir, não podendo ser realizada por ninguém porque pereceu o seu objecto.

¹⁵ Sobre as condições de que se deve revestir a impossibilidade superveniente para exonerar o devedor, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, pp. 330 e ss, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações – Das Obrigações em Geral (anotação aos artigos 790.º a 797.º)*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018, pp. 1082 e ss, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Porto, Universidade Católica Editora, 3.ª edição, 2019, pp. 214 e ss, assim como os demais autores citados na nota seguinte.

Em contrapartida, a impossibilidade diz-se *subjectiva* (artigo 791.º), se o impedimento respeitar somente à *pessoa* do devedor, apenas a ele o impedindo de cumprir. Quando assim for, então o obstáculo não produz a sua desvinculação, competindo ao devedor assegurar que um terceiro o substitua no cumprimento, salvo quando se trate de uma prestação infungível. Assim, por exemplo, se um rebocador não puder rebocar o veículo imobilizado em virtude de a sua única viatura de serviço ter sofrido uma avaria, tem que alugar um reboque alheio ou fazer-se substituir por terceiro na prestação de serviço, podendo responder por incumprimento se não o fizer¹⁶.

A aplicação do referido critério de distinção entre impossibilidade objectiva e subjectiva exige, todavia, algumas considerações suplementares. Por um lado, o étimo “pessoa” utilizado pelo artigo 791.º significa, aqui, esfera de meios do devedor. Tanto há impossibilidade subjectiva se a doença do devedor o impedir de cumprir, como no caso do fabricante que sofreu um incêndio nas suas instalações industriais e que obsta ao cumprimento das encomendas contratadas com os seus clientes.

Por outro lado, importa ter presente que a impossibilidade subjectiva pode impedir outras pessoas de cumprir, que não apenas o próprio devedor, como sucede no caso de uma máquina escavadora empregue em trabalhos subterrâneos cortar os cabos de transporte de energia para diversas unidades industriais, obstando não só a que a empresa do devedor cumpra as encomendas prometidas, como também os demais fabricantes daquela zona atingidos pelo corte de cabos. Essencial à impossibilidade subjectiva é que, sendo o devedor impedido de cumprir, a prestação ainda possa ser cumprida por outrem, mesmo que não o possa ser por todos¹⁷.

III. Em quarto lugar, a impossibilidade da prestação só exonera o devedor se for *absoluta*, no sentido em que a intensidade do impedimento deve ser de tal ordem que se revele totalmente

¹⁶ Distinguindo impossibilidade objectiva da subjectiva com base na generalidade ou individualidade do impedimento, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, pp. 344-346, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume II, Almedina, Coimbra, 1997, 7.ª edição, pp. 71-72, GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Volume I, Lisboa, 1944, pp. 160 e ss, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, pp. 363-364, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – *Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, 13.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, p. 120, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos. I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2020 (reimpressão), pp. 24-25. Em contrapartida, para PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, pp. 105-106, a nitidez do critério esbate-se nas prestações de facto, nem sequer se mostrando sempre claro em relação às próprias prestações de coisa.

¹⁷ Também neste sentido, JOANA MACEDO VITORINO, *A impossibilidade subjectiva das prestações fungíveis e o dever de substituição do devedor*, RDC III (2018), 2, p. 396.

insuperável pelas forças humanas, não bastando que o adimplemento apenas se tenha tornado extraordinariamente difícil ou penoso por exigir esforços superiores à diligência média ou excessivamente oneroso do ponto de vista económico.

Estas últimas hipóteses, designadas, de modo algo impróprio, por impossibilidade *relativa*, têm sido sobretudo estudadas quando geram a incapacidade económica superveniente do devedor para cumprir a prestação, podendo relevar em quadrantes dogmáticos distintos da impossibilidade – designadamente, no contexto do artigo 437.º quando a alteração de circunstâncias provocar um tal desequilíbrio das prestações que a sua exigibilidade se torne contrária à boa-fé.

Os termos das duas últimas classificações podem ser interpenetrados. O critério de distinção entre impossibilidade objectiva e subjectiva é distinto do que separa a impossibilidade absoluta da relativa, exprimindo diferentes atributos de que o mesmo impedimento se pode revestir¹⁸.

Com efeito, a impossibilidade *subjectiva* tanto pode ser *absoluta* (por exemplo, o devedor é impedido de cumprir a prestação por ter sido raptado) como *relativa* (é o caso do artista muito doente que corre sério risco de agravamento do seu estado de saúde, se assegurar o espectáculo marcado para essa noite¹⁹).

¹⁸ Distinguindo entre impossibilidade absoluta e relativa por um lado e impossibilidade objectiva e subjectiva por outro, ADRIANO VAZ SERRA, *Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor*, BMJ n.º 46, Janeiro, 1955, pp. 21-22 (pode haver impossibilidade subjectiva (a prestação não pode ser feita pelo devedor, mas poderia ser feita por outrem) absoluta (o devedor não pode prestar de modo algum) ou relativa (o devedor só pode prestar com excessiva dificuldade, ou sujeitando-se a graves riscos ou com violação de deveres de maior importância), assim como pode a impossibilidade objectiva ser absoluta (a intensidade do impedimento obsta ao cumprimento da prestação por qualquer pessoa) ou relativa (a prestação só pode fazer-se com extrema dificuldade, com sujeição a graves riscos ou com violação de deveres de maior importância), ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume II, p. 72 (nota 1), embora em edições anteriores sustentasse diferente ponto de vista (por exemplo, na 2.ª edição de 1978 (p. 67), considerava pleonástico chamar absoluta à impossibilidade objectiva), MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, p. 410 (nota 4), LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II, pp. 120-121 e CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos. I. Perturbações na execução*, pp. 25-26.

Já ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, p. 344, identifica a impossibilidade absoluta com a objectiva e a subjectiva com a relativa. Por seu lado, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, pp. 106-107, considera, como já vimos, que o critério para distinguir entre impossibilidade objectiva e subjectiva centrado na prestação ou na pessoa do devedor, serve sobretudo para as prestações de coisa, esbatendo-se nas prestações de facto. Contudo, o critério alternativo que propõe (se o obstáculo for de tal ordem que nem o devedor nem ninguém pode cumprir, a impossibilidade diz-se objectiva, sendo subjectiva se somente impedir o devedor de cumprir) confunde-se com o que fundamenta a distinção entre impossibilidade absoluta e relativa. A orientação do autor compreende-se porque Pessoa Jorge adiante desvaloriza a distinção entre impossibilidade absoluta e relativa, não lhe conferindo autonomia (páginas 112-113).

¹⁹ Se o artista não der o espectáculo, poderá provavelmente invocar a inexigibilidade enquanto cláusula geral de exclusão da culpa, visto estarem em causa direitos fundamentais, como é o caso do direito à saúde. Admitindo igualmente que os direitos fundamentais possam paralisar temporariamente a exigibilidade de prestação, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume II, p. 70 (nota 2). Depois da Reforma alemã de 2001/2002, situações deste tipo poderão ser abrangidas pela actual previsão de impossibilidade “pessoal” constante

Por seu lado, a impossibilidade *objectiva* tanto pode ser *relativa* quando a prestação se revele demasiado onerosa ou difícil para qualquer pessoa (por exemplo, quando alguém tem que retirar com vida um cão de uma jaula de leões) como *absoluta*, quando se trate de um obstáculo material ou juridicamente inultrapassável para qualquer pessoa (mantendo o exemplo anterior, será o caso de, logo depois de constituído o dever de prestar, o cão ser morto pelos leões antes ou durante as tentativas de salvamento).

Existe, assim, cabimento dogmático para manter as duas classificações. Como a distinção entre impossibilidade objectiva e subjectiva respeita ao facto de o impedimento afectar a generalidade das pessoas ou apenas a esfera do devedor, há que admitir que esse obstáculo tanto possa ser totalmente insuperável – e nesse caso a impossibilidade é *absoluta* – como apenas agrave de modo substancial a dificuldade do cumprimento, sem contudo o inviabilizar. Nesta última hipótese, a impossibilidade diz-se *relativa*, pese embora a impropriedade da expressão, uma vez que a prestação apenas se tornou demasiado penosa ou desproporcionalmente onerosa de cumprir, não configurando uma genuína situação de impossibilidade²⁰.

De todo o modo, a valia jurídica destas hipóteses de substancial agravamento dos encargos com o cumprimento reside, sobretudo, em chamarem a atenção para um diferente ponto de vista, a *inexigibilidade* do cumprimento, o qual, não dizendo respeito à impossibilidade não imputável nem ao incumprimento culposos, pode, porém, justificar a legítima desvinculação do devedor ou o reajustamento da pretensão creditória. O tema será retomado adiante, atenta a importância de que se reveste na economia deste estudo.

IV. Em síntese, o regime legal revela que apenas é liberatória a impossibilidade objectiva, ao contrário da impossibilidade subjectiva que, em si mesma considerada, não exonera o devedor.

De facto, em tributo ao interesse do credor, a impossibilidade subjectiva somente desvincula o devedor quando a obrigação incida sobre uma prestação infungível, caso que acaba por

do § 275, 3, BGB, conforme observa ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, pp. 318-319.

²⁰ Assim, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 113 (a impossibilidade relativa não é verdadeira impossibilidade), INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, pp. 365 e ss (recusando a terminologia da impossibilidade relativa, que designa por dificuldade da prestação), CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos. I. Perturbações na execução*, pp. 22-26, sublinhando que a figura da impossibilidade relativa não é tradicionalmente aceite pela doutrina portuguesa.

representar uma hipótese de impossibilidade objectiva porque, por convenção ou pela sua própria natureza, a prestação não pode ser realizada por mais ninguém a não ser o devedor.

E é igualmente em protecção ao interesse do credor que, tratando-se de prestação fungível, a impossibilidade subjectiva apenas exonera o devedor se o obstáculo que a gera também obstar à sua própria substituição por terceiro, caso que representa uma nova hipótese de impossibilidade objectiva porque, também agora, a prestação não pode ser executada por ninguém²¹.

Esta solução condiz não só com o disposto no artigo 401.º, n.º 3 que, em sede de impossibilidade originária, estabelece que só se considera impossível a prestação que o seja relativamente ao objecto, e não apenas em relação à pessoa do devedor, mas também com o artigo 828.º que concede ao credor de prestação de facto fungível a faculdade de requerer, em execução, que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor e, por fim, ainda se harmoniza com o artigo 767.º, n.º 1, que consagra a legitimidade genérica para o cumprimento²².

Porém, a não desvinculação do devedor em caso de impossibilidade subjectiva de cumprimento das prestações fungíveis, pode criar um segmento de imputação objectiva que contraria a vigência do princípio da culpa (artigo 798.º) em sede de responsabilidade obrigacional.

3. A FALTA DE EFICÁCIA LIBERATÓRIA DA IMPOSSIBILIDADE SUBJECTIVA DE CUMPRIMENTO

I. A disciplina legal da impossibilidade permite, de facto, concluir que, entre a impossibilidade da prestação e a culpa do devedor, existe um indubitável espaço intermédio em que o *risco* da prestação está a correr por conta deste último. No mesmo sentido de reconhecer de modo implícito a existência de uma margem de risco a cargo do devedor, aponta, conforme logo de início se observou, o preceituado no artigo 437.º ao excluir das alterações de circunstâncias relevantes a *álea própria do contrato*.

²¹ Além do exemplo já mencionado do rapto do devedor, podem valer outras hipóteses de força maior ou caso fortuito, como uma doença súbita incapacitante ou um acidente que o deixe em estado de coma, impedindo-o de providenciar o recurso a um terceiro que assegure o cumprimento da prestação.

²² LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II, p.120, explica que, existindo uma legitimidade genérica para o cumprimento (artigo 767.º, n.º 1), o devedor tem o dever de se fazer substituir por terceiro no cumprimento.

Por exemplo, uma fábrica que se obrigou a entregar uma certa encomenda dentro de um determinado prazo, deve responder pelo inadimplemento se houve uma greve que a impediu de cumprir a prestação na data fixada²³ ou se uma parte considerável do seu pessoal adoeceu e não foi possível substituir a tempo esses trabalhadores, em virtude de serem operários tecnicamente qualificados. Deve concluir-se de igual modo pela responsabilidade do devedor, se a unidade industrial sofreu um incêndio casual que paralisou temporariamente o seu funcionamento, porquanto, à luz do artigo 791.º, o caso fortuito só desonera o devedor se gerar impossibilidade objectiva.

Em qualquer dos casos, não há culpa do devedor, mas não existe também impossibilidade objectiva e absoluta. Há impossibilidade meramente subjectiva de prestar, que não tem, como sabemos, eficácia liberatória porquanto, tratando-se de prestação fungível, as encomendas podiam, seguramente, ser satisfeitas por outras unidades fabris daquele ramo de actividade mediante subcontratação pelo devedor.

De resto, esta impossibilidade decorre de eventos atinentes à esfera de meios ou de organização de funcionamento do empresário por cujos riscos apenas o próprio devedor deve responder. Logo, apenas se trata de repercutir a máxima *casum sentit dominus* na vida da relação obrigacional, fazendo correr por conta de quem os sofre o risco dos danos casuais; são os próprios lesados que devem suportar as consequências das contingências que atingem os seus bens. Mas se assim é, então a exigência das obrigações assumidas cabe dentro da álea normal do contrato, isto é, faz parte dos seus riscos próprios, razão pela qual também não deve haver lugar à intervenção do dispositivo previsto no artigo 437.º.

Deste modo, o facto accidental impediu o cumprimento da prestação com a consequente perda do direito à contraprestação, sem que deva contudo existir exoneração do devedor, o qual continua a responder pelos danos causados ao credor em virtude de não se verificarem os pressupostos da impossibilidade objectiva. A solução representa, assim, uma clara irrupção no

²³ Numa ordem jurídica que confere protecção constitucional (artigo 57.º, CRP) e legal (artigo 530.º, CT) ao direito à greve, não deve evidentemente considerar-se que o seu exercício configura caso fortuito. De resto, o risco de funcionamento empresarial abrange o pagamento da retribuição devida aos trabalhadores não grevistas, ainda que a greve tenha paralisado totalmente a actividade da empresa.

domínio obrigacional de um critério de imputação característico da responsabilidade objectiva²⁴.

Além de caberem na álea normal do contrato, as hipóteses acima analisadas também não preenchem outro pressuposto da resolução (ou modificação) do contrato com fundamento no dispositivo previsto no artigo 437.º: não estão em causa circunstâncias comuns a ambas as partes no sentido em que tenham contribuído para fundar a sua decisão de contratar, mas somente um elemento exclusivo da esfera de assuntos do devedor em razão do modo como delineou o seu próprio programa de cumprimento. Como explica Menezes Cordeiro, apenas releva, para efeitos de aplicação do artigo 437.º, a alteração respeitante ao circunstancialismo que envolva o contrato, objectivamente tomado, ou seja, como encontro das vontades. Não importam, portanto, as razões subjectivas extracontratuais que possam ter movido cada contraente, assim como também não relevam as respectivas planificações de cumprimento²⁵.

II. O regime legal veio, assim, legitimar o entendimento de que não conseguindo o devedor, por razões *acidentais* relativas à sua esfera, cumprir a prestação a que se vinculou ou tendo que suportar dispêndios muito para além do previsível e que oneram de forma excessiva os encargos com o cumprimento, deve ainda assim esforçar-se por ultrapassar o obstáculo em ordem a satisfazer o dever de prestar²⁶. Se o cumprimento pessoal da prestação lhe é impossível, deve, em alternativa, fazer-se substituir por quem possa assegurar a execução da prestação, uma vez que esta ainda pode ser realizada por alguém.

Não obstante, o regime da impossibilidade subjectiva é passível de importar efeitos demasiado penalizadores para o devedor que fique impossibilitado de cumprir por circunstâncias supervenientes ou sofra um agravamento desmesurado dos encargos com o cumprimento. Pense-se, por exemplo, numa greve dos transportes rodoviários e ferroviários que dura vários dias, obrigando o devedor a contratar um dispendioso frete aéreo para expedir uma mercadoria de baixo valor, de forma a cumprir os prazos de entrega acordados.

²⁴ Já segundo GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, p. 168, o entendimento de que só a impossibilidade absoluta constitui causa liberatória era um dos processos pelos quais se podia introduzir no dever de indemnizar, no campo das obrigações, o princípio da responsabilidade objectiva.

²⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, pp. 684-686.

²⁶ O devedor está adstrito à vinculação de tomar as medidas necessárias para assegurar o direito do credor quando se revelem dificuldades na disponibilização da prestação, segundo explica ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, p. 342.

Por outro lado, o recurso a um terceiro que substitua o devedor na execução da prestação nem sempre se revela viável, porquanto por vezes nem sequer será materialmente praticável e em outras circunstâncias pode implicar custos que, mais do que esvaziar do ponto de vista económico a vantagem que o negócio lhe iria proporcionar, lhe infligem graves perdas patrimoniais. Nestes casos em que a falta de cumprimento não se deve a ausência de diligência do devedor, mas a prestação ainda podia ser cumprida, a obrigação de reparar os danos causados ao credor pelo não cumprimento já não se deixa comandar pelo princípio da culpa.

Estas consequências seriam evitadas se tivesse sido acolhida a orientação de Vaz Serra que propunha a equiparação entre impossibilidade subjectiva e objectiva em termos mais favoráveis ao devedor: “tanto importa que o devedor não possa prestar porque a prestação em si mesma se tornou impossível, como que o não possa fazer porque, embora possível em si mesma a prestação, ele pessoalmente a não pode fazer”. Adiante, acrescentava: “De modo que, só a título excepcional, quando da interpretação do facto donde resulta a obrigação, ou da lei, se conclua que a obrigação do devedor vai mais além, isto é, que ele está obrigado a proporcionar ao credor certo resultado, mesmo que a prestação se torne subjectivamente impossível, se admitiria que o devedor apenas se libere quando a prestação se tornar objectivamente impossível”²⁷.

Por seu lado, Pessoa Jorge assinalava que a impossibilidade subjectiva, enquanto tal, nunca liberta o devedor de responsabilidade, razão pela qual propunha (embora sem apoio na lei) que, seguindo de algum modo a linha de Vaz Serra, a impossibilidade subjectiva só não fosse exoneratória quando o devedor estivesse obrigado a fazer-se substituir por terceiros nos próprios termos da obrigação assumida²⁸.

IV. A inexigibilidade pode resultar de um agravamento desmesurado dos encargos com o cumprimento da prestação, o qual tanto pode ser de índole *pessoal* como *económica*, sem prejuízo de estes factos que agravam a penosidade do cumprimento se repercutirem na esfera do devedor de um modo eminentemente variável de acordo com as circunstâncias de cada caso,

²⁷ ADRIANO VAZ SERRA, *Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor*, pp. 22-24.

²⁸ PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, pp. 109 e 111. No sentido de a obrigação apenas se extinguir por impossibilidade subjectiva quando o devedor não se possa fazer substituir no cumprimento, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, pp. 364-366. Também para CATARINA MONTEIRO PIRES, *Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para Cumprir*, p. 121, o Código Civil português acolheu um conceito de impossibilidade absoluta mesmo em relação à impossibilidade subjectiva (artigo 791.º).

dependendo de múltiplos factores, que oscilam entre a natureza do evento e o modo como se satisfaz a prestação, cujo tempo de cumprimento pode, por exemplo, sofrer um prolongamento considerável²⁹.

O agravamento é de ordem puramente *pessoal*, quando se traduz na elevação da medida do esforço necessário à realização da prestação para além da diligência exigível; se, por exemplo, um guia profissional contratado em pleno Verão, com temperaturas muito elevadas, para conduzir um grupo de alpinistas na escalada de uma montanha, for confrontado com uma chuvada a meio da subida e a interromper porque entretanto a operação se tornou muito perigosa, poderá responder por não cumprimento em virtude de não ter dado qualquer indicação com respeito às botas adequadas àquelas condições climáticas. Apesar das dificuldades sobrevindas, a prestação não era objectiva e absolutamente impossível de cumprir; o risco de, contra todas as previsões, acontecer uma alteração das condições atmosféricas corre por conta do devedor, por ser a este que cabe precaver-se com os meios necessários ao bom cumprimento da prestação, embora esse procedimento estivesse, face às circunstâncias do caso, para além da diligência exigível à luz do padrão legal.

De todo o modo, se o cumprimento põe em perigo bens jurídicos fundamentais como a vida, a saúde, a integridade física ou a liberdade pessoal, o sistema tem que oferecer ao devedor uma “válvula de escape” que o desonere do dever de prestar, uma vez que o adimplemento se tornou *inexigível* à luz da própria axiologia normativa: a protecção de bens jurídicos objecto de direitos fundamentais goza de primazia hierárquica em relação à tutela do cumprimento, devendo sobrepor-se-lhe.

Em vez de os factos supervenientes se repercutirem na medida do esforço pessoal, pode suceder que o sacrifício exigível ao devedor seja de ordem puramente *económica*, gerando a excessiva onerosidade dos dispêndios para cumprir, com a consequente perturbação da relação de equivalência entre as prestações, podendo, inclusive, provocar um grave desequilíbrio dos custos a suportar pelo devedor face ao próprio interesse do credor no cumprimento.

²⁹ Além de todos os exemplos anteriormente dados, vale ainda o caso de quem, estando a executar uma prestação de serviços via Zoom (v. g., uma aula), é confrontado com sucessivos cortes de energia, sofrendo a consequente extensão do tempo de execução da prestação, ainda que esse prolongamento inviabilize a satisfação de outros compromissos que já assumira.

Hipótese deste último tipo é ilustrável com o célebre exemplo de Philipp Heck, do anel que, devendo ser entregue pelo devedor, cai no fundo arenoso de um lago. Actualmente, este tipo de situações é abrangido, conforme referido, pelo novo § 275, 2, BGB, mas, entre nós, estas hipóteses não encontram acolhimento nos quadros legais da impossibilidade liberatória, visto se tratar de casos de *inexigibilidade*³⁰.

O sacrifício económico imposto ao devedor pode, aliás, preencher a hipótese da categoria já referenciada da chamada “impossibilidade económica” que constitui um tema clássico da teoria do não cumprimento, podendo, no limite, o sacrifício económico ser de tal modo desmesurado que importe mesmo a ruína patrimonial do devedor.

A teoria do limite do sacrifício – defendida sobretudo por certa doutrina alemã (Heck, Brecht, Stoll, Enneccerus-Lehmann, entre outros) na crise subsequente à I Guerra Mundial – veio precisamente sustentar que, ultrapassado o limite de sacrifício (*Opfergrenze*) razoavelmente exigível ao devedor, estaria preenchida a impossibilidade económica (*Wirtschaftliche Unmöglichkeit*), que constituía uma modalidade da impossibilidade subjectiva, liberatória à luz da boa-fé. De uma forma geral, a orientação foi recusada pelas legislações face à incerteza que afectaria as suas aplicações, por se considerar demasiado impreciso o que seja uma dificuldade extraordinária, conduzindo a resultados eventualmente arbitrários que atentariam contra a confiança no cumprimento criada pelo vínculo obrigacional³¹.

³⁰ Segundo MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, p. 338, a inexigibilidade teria de ser reconduzida ao artigo 437.º Também CATARINA MONTEIRO PIRES, *Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para Cumprir*, p. 121, sublinha que o Código Civil português conservou, por influência de Antunes Varela, uma distinção clara entre impossibilidade e inexigibilidade; em *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 320, observa que o agravamento da onerosidade dos dispêndios para cumprir ou a sua desproporção perante o interesse do credor no cumprimento, excluem o problema do foro da impossibilidade subjectiva, sendo problemas que apenas podem ser esclarecidos à luz de um conceito da medida de diligência exigível ao devedor, da definição do exacto âmbito regulativo do artigo 437.º e da clarificação da viabilidade de um conceito de impossibilidade relativa.

³¹ Entre nós, manifestou-se de forma moderadamente favorável à doutrina do “limite do sacrificio”, VAZ SERRA, *Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor*, pp. 19, 30 e ss, ao considerar que embora a melhor solução apontasse no sentido de o devedor ter que cumprir enquanto a prestação se não tornasse impossível, deveriam ser admitidas atenuações a este princípio, onde a boa-fé imperiosamente o reclamasse. Por seu turno, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, pp. 365 e ss, considera que a impossibilidade económica não é liberatória, assim o atestando o instituto da insolvência (p. 365, nota 1), mas sustenta adiante (pp. 368-372) que, segundo o actual Código, o devedor apenas responde se agir com culpa, aferida pela diligência do bom pai de família. O ponto de vista seria corroborado pelo disposto nos artigos 437.º a 439.º que estabelecem a inexigibilidade da obrigação por contrariedade à boa-fé, precisamente por não se poder pretender que uma pessoa média a efectuasse.

V. Esta aparente aporia de a lei apenas exigir que o cumprimento se pautar pela diligência própria do *bonus pater familias*, sem contudo, admitir a sua exoneração a não ser que haja impossibilidade objectiva de prestar, não é privativa do ordenamento português. Importa, por isso, examinar o problema à luz do ordenamento italiano e alemão que, historicamente, têm exercido forte influência sobre as soluções legais adoptadas em Portugal.

4. ELEMENTOS DE DIREITO COMPARADO. O REGIME DA IMPOSSIBILIDADE NO *CODICE* E NO *BGB* E A SUA RELAÇÃO COM A CULPA DO DEVEDOR

I. Em Itália, o artigo 1176 determina que o devedor, no cumprimento das obrigações, deve empregar a diligência de um bom pai de família, mas o artigo 1218 já estabelece que o devedor que não cumpra exactamente a prestação devida responde pelos danos causados, se não provar que o incumprimento ou a mora foram determinados pela impossibilidade da prestação por causa que não lhe seja imputável.

Por conseguinte, o segundo preceito vem responsabilizar o devedor nas hipóteses em que, apesar de não haver culpa sua, a prestação não foi cumprida sem que existisse impossibilidade de o fazer. Entende, por isso, a doutrina que a observância da diligência exigível é condição necessária, mas não suficiente para produzir a exoneração do devedor, desde que a prestação não cumprida seja ainda possível³².

Dito de forma ainda mais clara: a diligência não desempenha qualquer papel na extinção da obrigação por impossibilidade superveniente, pois só a impossibilidade objectiva e absoluta de cumprimento resultante de causa não imputável ao devedor, determina a extinção da obrigação. A diligência serve apenas para avaliar o modo como o cumprimento foi efectuado, mas não vale como condição de extinção da obrigação por impossibilidade³³.

II. Por seu lado, Larenz, em análise ao regime originário da impossibilidade no *BGB*, considerava que, da regra sobre o ónus da prova, decorria também a responsabilidade do

³² LUIGI MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, ED (1970), XX, pp. 423 e 425.

³³ Assim, GUIDO SMORTO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, Commentario del Codice Civile (diretto de Enrico Gabrielli. Delle obbligazioni. Art. 1218-1276), Turim 2013, pp. 677-678 (comentário ao artigo 1256). Segundo PIETRO TRIMARCHI, "Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale", *Rivista di diritto civile*, 54 (2008), p. 194, o devedor deve responder por qualquer falha situada na sua zona de riscos.

devedor pelo não cumprimento, se não pudesse provar que se exonerou em conformidade com o § 275, que rege a impossibilidade da prestação. Em suma, o devedor teria que responder enquanto não provasse que ele (ou um auxiliar de cumprimento) não podia ser considerado responsável pela impossibilidade de cumprimento³⁴.

Actualmente, o § 275 dispõe sobre a “Exclusão do dever de prestar”, estabelecendo no (1) que a pretensão à prestação é excluída quando o seu cumprimento for impossível para o devedor ou para qualquer pessoa. Deste modo, o preceito não se pronuncia sobre se a impossibilidade é ou não imputável ao devedor, o que apenas releva para consequências indemnizatórias. Com efeito, ser imputável ao devedor não viabiliza a prestação, apenas conduz – ou pode conduzir – ao dever de indemnizar, questão que foi separada da impossibilidade propriamente dita³⁵.

Saber se assistem direitos indemnizatórios ao credor é resolvido pela remissão do § 275 (4) para os §§ 280, 283 a 285, 311^a e 326. Avulta, em especial, o disposto no § 280 (1) que responsabiliza o devedor pelos danos causados ao credor com a *violação de um dever* resultante da relação obrigacional³⁶.

De todo o modo, o âmbito da impossibilidade foi consideravelmente alargado pela Reforma de 2001/2002, nos termos do § 275, (2) e (3).

O parágrafo 2 abrange o caso em que o cumprimento só pode ser prestado com um esforço que seja grosseiramente desproporcional ao interesse do credor no cumprimento, tendo em consideração o conteúdo da relação obrigacional e a regra da boa-fé. O exemplo clássico já referido, dado por Philipp Heck, é do anel que, devendo ser entregue pelo devedor, cai no fundo arenoso de um lago. Não há uma impossibilidade objectiva, porque se trata de uma prestação fungível em que o devedor se pode fazer substituir por uma empresa especializada em dragagens e, por outro lado, a impossibilidade também não é absoluta, porque apenas se suscita

³⁴ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 14^a edição, 1987, p. 278.

³⁵ Neste preciso sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, p. 313.

WOLFGANG ERNST, *MüKoBGB*, Band 2, *Schulrecht – Allgemeiner Teil I*, §§ 241-310, 9.^a edição, 2022 (§ 275, nm 1), salienta que a exclusão do dever de prestar e a exoneração do dever de indemnizar não são coordenadas, aplicando-se requisitos diferentes.

³⁶ Como explica OTHMAR JAUERNIG, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Munique, Beck, 2021, 18.^a edição, Astrid Stadler (§ 275, nm 1), os créditos (secundários) do credor em caso de impedimento de execução resultam dos §§ 280, 283 - 285, 311a, 326V.

um problema de onerosidade excessiva, não se tratando de um impedimento que não possa ser superado por intermédio de meios humanos que empreguem os competentes processos técnicos.

Há, porém, uma impossibilidade dita “prática” ou “factual” que obsta ao cumprimento pelo devedor. Os custos abissais das operações de dragagem produziriam um desequilíbrio inadmissível à luz do próprio valor do anel e consequente utilidade da prestação para o credor, pelo que, tomada a impossibilidade em sentido sociocultural e não naturalístico, não seria exigível ao devedor a realização de um tal esforço.

Como explica Menezes Cordeiro, o novo § 275, 2, BGB, visou precisamente abarcar este tipo de hipóteses, depurando a alteração de circunstâncias, actualmente prevista no § 313³⁷.

O segundo alargamento foi assegurado pelo (3) que autoriza o devedor a recusar uma prestação que deva cumprir pessoalmente, quando ela não lhe seja exigível tendo em atenção os impedimentos do devedor perante o interesse do credor na prestação. O exemplo de escola é dado pelo artista que recusa actuar no espectáculo para que foi contratado, porque o filho se encontrava gravemente doente, carecendo da sua assistência. É a chamada impossibilidade “moral”³⁸.

Apesar desta ampliação do campo da impossibilidade, o problema de que se trata no presente estudo não está, evidentemente, solucionado pela Reforma do BGB em 2001/2002, mantendo plena acuidade no seio da ordem jurídica alemã. Com efeito, se a exclusão do dever de prestar ocorreu devido a circunstâncias pelas quais o devedor é responsável, mantém-se o seu dever de reparar os danos causados ao credor, nos termos conjugados dos §§ 280 e 283³⁹. Fica, portanto, por definir a extensão da responsabilidade do devedor, mormente, se o dever a que se refere o § 280 inclui uma esfera de risco a seu cargo, situada entre a impossibilidade da prestação e o incumprimento culposos, questão que corresponde, precisamente, ao nosso tema.

³⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, pp. 317-318.

³⁸ Sobre o campo de aplicação do § 275 (2) e (3), NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Estudos sobre o Não Cumprimento das Obrigações*, “Contributo para a ‘modernização’ das disposições do Código Civil português sobre a impossibilidade da prestação”, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 9-10.

³⁹ Neste sentido, WOLFGANG ERNST, *MüKoBGB* (§ 275, nm 8), acrescentando (nm 10) que o aumento das despesas que o devedor tem de aceitar de acordo com o artigo 275.º é comunicado ao crédito indemnizatório e que as circunstâncias que conduzem à exclusão do dever de prestar normalmente exoneram de responsabilidade (nm 134).

Em suma, está por saber se o devedor responde em hipóteses de inadimplemento em que não houve culpa da sua parte, mas em que o cumprimento continuava a ser objectivamente possível em virtude de haver terceiros que podiam cumprir a prestação. Estão, agora, em causa impedimentos como falta abrupta de matéria-prima no mercado que obsta ao cumprimento das encomendas dentro do prazo⁴⁰, greves operárias prolongadas, doenças do pessoal fabril em número de tal modo elevado que impede a sua substituição integral a tempo, explosão, incêndio ou vandalização de máquinas, interrupção demorada no fornecimento de energia eléctrica, etc.

Ora, nem a impossibilidade “prática” do § 275 (2) nem a impossibilidade “moral” do § 275 (3) dão resposta a este tipo de problemas, em virtude de estarem pensados para abranger apenas situações-limite de *inexigibilidade*, como decorre dos exemplos com que se ilustrou o respectivo campo de aplicação (recorde-se os casos do anel e da doença do filho do artista). Por conseguinte, a melhor compreensão do § 275 (2) e (3) aponta, precisamente, no sentido de entender que todas as demais superveniências que atinjam a esfera do devedor e não se deixem subsumir a qualquer daquelas duas previsões, estão a correr por conta e risco do devedor.

De todo o modo, o teor do § 275 (2) pode prestar um contributo deveras valioso para o nosso tema, uma vez que esta impossibilidade “prática” ou “factual” se basta com a grave desproporção, avaliada pela boa-fé, entre os encargos com o cumprimento e o interesse do credor na prestação. Apesar de apenas se ocupar de hipóteses-limite de desproporção, a intervenção do mecanismo previsto no § 275 (2) está, portanto, francamente facilitada em comparação com o complexo arsenal dogmático que condiciona a aplicação do artigo 437.º, dado não haver qualquer referência às circunstâncias que integraram a base do negócio nem aos riscos próprios do contrato⁴¹.

5. O RISCO COMO FACTOR DE DELIMITAÇÃO DA ESFERA DE RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR

⁴⁰ Sendo certo que outras unidades fabris podiam cumprir a encomenda em virtude de terem matéria-prima em *stock*.

⁴¹ Apesar destas diferenças, existe algum cepticismo doutrinário relativamente à delimitação entre a alteração de circunstâncias e a impossibilidade “prática” do § 275 (2), como se percebe em WOLFGANG ERNST, MüKoBGB (§ 275, nm 24), para quem a tentativa de uma separação clara promete um sucesso apenas limitado. Também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, p. 318, regista as dificuldades de interpenetração, acrescentando que a casuística se afigura decisiva.

A decisão de contratar baseia-se sempre em determinadas representações subjectivas efectuadas pelos contraentes sobre o sentido provável do devir. As partes conjecturam que se irá manter o estado de coisas vigente ao tempo da celebração do negócio ou confiam que eventuais alterações evoluam numa direcção favorável ou que, no mínimo, não lhes será desfavorável. As vinculações negociais são, assim, assumidas enquanto correspectivo de certas utilidades que se visa obter, as quais, de outro modo, não seriam alcançadas, pelo menos de forma tão vantajosa.

Contratar implica, enfim, a sistemática assunção de riscos, correndo, conseqüentemente, por conta de cada contraente a possibilidade de uma evolução contrária às suas previsões, ainda que esse “azar” dite o agravamento desmesurado dos dispêndios exigidos, de tal modo que o devedor pode mesmo ser economicamente incapacitado de cumprir. Portanto, a solução *geral* de desatender a relevância liberatória da impossibilidade subjectiva é justificada. Assim o reclama a estabilidade dos contratos, que requer o acatamento das vinculações voluntariamente assumidas, bem como o próprio significado da livre decisão de contratar, que constitui um exercício de auto-responsabilidade. A insolvência é, aliás, a expressão jurídico-institucional do risco que impende sobre cada sujeito de suportar os acasos desfavoráveis que afectem os seus interesses económicos.

Este entendimento significa que, apesar da dureza de que se reveste, é curial a solução *geral* da lei para a impossibilidade subjectiva de prestar – de que a impossibilidade económica constitui apenas uma das variantes⁴².

Se as hipóteses que a ditam, apenas geram o impedimento do devedor sem obstar ao cumprimento da prestação por terceiro, estamos então no domínio dos impedimentos *casuais* que somente afectam a pessoa ou os bens do devedor. Logo, não pode deixar de prevalecer, em linha de princípio, a regra básica que obriga o próprio titular das vantagens atingidas a suportar os correspondentes riscos⁴³.

I. Contudo, o princípio *casum sentit dominus* não pode nem deve aplicar-se às relações obrigacionais com uma intensidade invariavelmente idêntica à que caracteriza a sua vigência

⁴² A impossibilidade económica é uma das mais importantes manifestações da impossibilidade subjectiva, podendo, desde logo, exprimir-se pelos custos incomportáveis da substituição do devedor por terceiro no cumprimento da prestação fungível.

⁴³ Como explica ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, p. 370, quem tem uma vantagem corre o risco da sua supressão.

no trato extra-obrigacional, polarizado em torno da *pessoa isoladamente considerada* – ou seja, fora de qualquer contexto relacional – face a uma certa sucessão inexorável de acontecimentos que influencia o destino individual. Neste âmbito, apenas lhe poderão valer os mecanismos públicos e privados contratados ou institucionalizados para aplacar as inclemências do devir (v. g., seguros contra os mais variados riscos ou sistemas de Segurança Social).

Pelo contrário, o ingresso na *vida de relação* com o estabelecimento de vínculos contratuais significa que as pessoas procuram, mediante parcerias jurídicas, modelar o seu próprio destino através de operações de circulação de riqueza que instituem uma determinada relação de equivalência entre prestações. Ora, a uma ordem jurídica pertencente ao sistema romano-germânico não pode ser indiferente uma superveniência lesiva de tal modo grave que, mais do que perturbar esse equilíbrio contratual, desfigure completamente o sentido que presidiu ao consenso originário, subvertendo a regulamentação de interesses visada⁴⁴, nem que para isso seja necessário introduzir novos critérios de distribuição do risco que representem desvios ao princípio *casum sentit dominus*.

Dentro desta ordem de ideias, deve ponderar-se os dois factores cuja relevância se apresenta primacial para obter uma decisão jurídica fundamentada: a maior ou menor proximidade do impedimento com a esfera do devedor e os seus reflexos no equilíbrio das prestações.

Com respeito ao primeiro factor, a demarcação de zonas de risco deve ser efectuada consoante a origem da vicissitude se situe na própria esfera de vida ou de actividade do devedor (correspondendo à organização de meios com que se propunha cumprir a prestação) ou proceda de uma causa mais geral que, embora *neutral* à esfera de qualquer das partes, afectou a capacidade de cumprimento do devedor.

No primeiro grupo de casos, são circunstâncias impeditivas do cumprimento que se diria deverem correr por exclusiva conta do devedor em virtude de, pela sua origem, dizerem unicamente respeito à respectiva esfera pessoal ou patrimonial (v. g., curto-circuito do sistema eléctrico que inutiliza o equipamento fabril). Logo, estaríamos no campo normal de aplicação da regra *casum sentit dominus*.

⁴⁴ Como explica DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, Volume II – *Obrigações*, p. 252, o contrato deve a sua existência, nos sistemas romano-germânicos, à chancela da lei, que lhe confere obrigatoriedade se e na medida em que tal se mostre socialmente útil e conforme com o equilíbrio das prestações reclamado pelo ideal da justiça.

Todavia, esta linha de resolução do problema baseada somente na pertinência do impedimento à esfera de risco do devedor apenas pode ser aceite em *termos tendenciais*, por ser um factor etiológico, com uma natureza excessivamente naturalística, incapaz de satisfazer em pleno, só por si, como argumentação jurídico-normativa.

Estando em causa um processo de decisão jurídica, este critério conhece valor meramente indiciário porque apenas atende a circunstâncias factuais aleatórias de tempo e espaço. Requer-se, assim, a convocação do outro ponto de vista identificado e que se prende com os reflexos do impedimento no equilíbrio das prestações, o qual goza de carácter estritamente normativo.

O segundo grupo de hipóteses compreende os obstáculos ao cumprimento que não provêm do interior da esfera do devedor, antes têm origem *neutral* às partes, embora só se repercutam no círculo de meios do devedor.

Imagine-se que a razão de a fábrica não ter conseguido cumprir a encomenda dentro do prazo não foi de ordem *interna*, antes se devendo ao seu encerramento temporário para evitar as consequências de desacatos acontecidos na via pública, que redundaram em violentas manifestações de protesto que ameaçavam a integridade de pessoas e bens da empresa. Em alternativa pode também figurar-se a hipótese de o incêndio que impediu o fabricante de satisfazer a encomenda a tempo, ter sido causado por um raio libertado por uma trovoadas que se abateu sobre aquela zona.

Apesar de puramente fortuitas, estas circunstâncias não valem como causas liberatórias do devedor. Com efeito, o caso fortuito ou de força maior apenas o exonera se provocarem impossibilidade objectiva, ou seja, uma situação em que ninguém possa cumprir a prestação em falta. Se, pelo contrário, esses factos, ainda que pela sua origem lhe sejam alheios, somente atingirem a esfera do devedor, não o liberam de responsabilidade, desde que, tratando-se de uma prestação fungível, terceiros a possam cumprir, mormente quando outro fabricante possa satisfazer a encomenda em tempo. Cabe, então, ao devedor fazer-se substituir por esse terceiro, dever que se define em termos de diligência normativa como propõe Pessoa Jorge⁴⁵.

⁴⁵ *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 111.

Este é, aliás, o corolário mais penoso para o devedor que resulta da solução consagrada no artigo 791.º: eventos como guerras, subversões, movimentos revolucionários, epidemias, fugas radioactivas, terremotos, erupções vulcânicas, maremotos ou explosões de gás constituem circunstâncias de força maior, mas somente desvinculam o devedor quando geram impossibilidade objectiva de prestar, ou seja, quando a prestação não pode ser cumprida pelo devedor nem por qualquer outra pessoa⁴⁶.

II. Por conseguinte, na ponderação relativa dos dois referidos factores envolvidos, a perturbação do equilíbrio das prestações deve conhecer um peso superior. Nesta perspectiva de teor normativo, é decisivo o impacto de que o evento se revestiu no equilíbrio de prestações tal como foi gizado pelo consenso originário, assim como a eventual desproporção gerada pelos novos custos do cumprimento face ao interesse do credor. Impõe-se, assim, avaliar se o cumprimento ainda é exigível à luz da boa-fé, em vista da gravidade da perturbação que atingiu a relação de equivalência das prestações.

Com efeito, embora seja às partes que cabe definir o ponto de equilíbrio entre os seus interesses, já compete à boa-fé avaliar os reflexos de eventuais superveniências no equilíbrio originário do conteúdo contratual, nisso residindo uma das funções fundamentais que pode desempenhar na vida da relação obrigacional, seja no âmbito do artigo 437.º, seja no quadro do artigo 762.º, n.º 2.

De facto, conquanto produzido no círculo de vida do devedor e, por isso, mais propenso a deixar-se explicar pelo critério *casum sentit dominus*, o obstáculo reveste-se, por vezes, de tais consequências na relação de equivalência entre as prestações que a exigibilidade do cumprimento contraria gravemente a boa-fé. Em tal caso, seria injusto desatender a sua relevância somente por o impedimento ter origem na esfera do devedor, mesmo tratando-se de um evento invencível. Inversamente pode ser um facto longínquo da esfera do devedor que, nem por isso, provoque desequilíbrio considerável, sendo igualmente injusto que, ainda assim, fosse atendido.

⁴⁶ Além disso, o argumento de o evento ser alheio às esferas de qualquer das partes tem um peso relativo fraco. Como as suas consequências somente se reflectiram no círculo de organização do devedor, seria razoável considerar que ainda lhe cabe suportar o inerente “azar”, à luz do normal critério de decisão baseado na teoria das esferas de risco.

Exemplificando: a evolução das cotações das matérias-primas é um factor que, não podendo ser controlado pelos fabricantes, pertence, contudo, à sua esfera de risco, por se tratar de um material que lhes é indispensável para satisfazer as encomendas do produto acabado. Se o preço das matérias-primas sofrer um súbito agravamento, totalmente inesperado, de 500%, produz-se um sacrifício patrimonial descomunal do devedor que pode, inclusive, conduzir à sua ruína. Nem por isso existe razão para desvalorizar o impacto do evento na relação de equivalência entre prestações, apenas porque teve origem na esfera de riscos do devedor.

Deste modo, o peso específico da pertinência (ou não) do evento ao círculo de vida do devedor deve ser inferior ao parâmetro normativo da inexigibilidade do cumprimento à luz da perturbação no equilíbrio das prestações, segundo avaliação efectuada de acordo com os procedimentos característicos do sistema móvel⁴⁷.

O sistema diz-se móvel quando a determinação de uma consequência jurídica (que Wilburg ilustrava, sobretudo, com o dever de indemnizar) obedece a uma combinação flexível dos respectivos pressupostos, “segundo uma discricionariedade orientada”, em termos de a “fraqueza” de um determinado ingrediente ser compensável com a especial intensidade de outro, relacionando-se, pois, num plano não hierárquico, mas horizontal. No limite, pode bastar a existência de um único dos elementos, desde que assuma um peso especial nas circunstâncias do caso concreto. O resultado global da avaliação pode conduzir o Tribunal a decidir se a responsabilidade é total ou parcialmente fundada ou deve mesmo ser excluída.

Em abstracto, a aplicação do pensamento do sistema móvel aos nossos casos apenas permite que se enuncie o critério de decisão segundo uma fórmula meramente tendencial: quanto maior o desequilíbrio criado na relação de equivalência entre as prestações e mais longínquo da esfera do devedor o evento que o gerou, mais grave se afigura a ofensa da boa-fé e a consequente inexigibilidade do cumprimento.

⁴⁷ Com antecedentes em *Die Elemente des Schadensrechts*, Marburg, 1941, o conceito de sistema móvel foi desenvolvido no âmbito da teoria da responsabilidade civil por WALTER WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systemas im Bürgerlichen Recht*, 1950 (Oração inaugural proferida na investidura como *Rector magnificus* da Universidade Karl-Franzens de Graz, a 22 de Novembro de 1950), traduzida para português por RAÚL GUICHARD, *Desenvolvimento de um sistema móvel no Direito Civil*, Direito e Justiça, XIV, 2000, Tomo 3, pp. 51-73. A sua divulgação entre nós deve-se a ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 785, 822 e *passim*, aplicando-o no domínio do artigo 437.º a propósito da tutela da confiança (*Tratado de Direito Civil*, IX, pp. 675 e ss).

III. Deste modo, em face da inviabilidade do instituto da alteração das circunstâncias e do regime da impossibilidade para atender este tipo de situações, o quadrante dogmático que se afigura mais ajustado para as acolher é oferecido pelo artigo 762.º, n.º 2⁴⁸. O princípio da boa-fé deve paralisar as pretensões de cumprimento (ou indenizatórias) que resultem de uma tal perturbação da relação de equivalência entre as prestações, que tenha feito desaparecer – ou desfigurar gravemente – o próprio sentido de troca de utilidades que caracterizava o equilíbrio originariamente delineado pelas partes⁴⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

I. A investigação das relações entre a culpa do devedor e a impossibilidade de cumprimento é um campo exemplar de confirmação do ensino de António Menezes Cordeiro. Havendo um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depor⁵⁰.

É o caso do exacto alcance com que vigora o princípio da culpa no seio da responsabilidade obrigacional, cujo exacto alcance apenas se deixa compreender em face dos regimes da impossibilidade, objectiva e subjectiva, de cumprimento e da alteração de circunstâncias. Mais uma vez se evidencia, assim, a importância decisiva da interpretação sistemática, porquanto o efectivo sentido com que a norma do artigo 798.º deve valer apenas se depreende do seu contexto, isto é, da regulação global de que faz parte e dentro da qual cumpre uma certa função.

⁴⁸ O próprio dever de renegociar que, em conjunturas similares, alguma doutrina pretende também extrair do artigo 762.º, n.º 2, não consegue garantir por definição qualquer resultado favorável ao devedor, uma vez que não exige que as partes cheguem a acordo, mas apenas que renegoceiem o contrato. De resto, como observa MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *O dever de renegociar o contrato. Mitos e realidades de uma ideia errante*, ROA III/IV 2022, pp. 504-505, fazer da boa-fé uma fonte de um dever de contratar “rompe” o sistema de fontes das obrigações instituído, que não a prevê entre elas (nem sequer no âmbito da alteração de circunstâncias), acrescentando, adiante, que os deveres decorrentes da boa-fé não conduzem a uma alteração do programa obrigacional, uma vez que se limitam a comandar o modo de execução desse programa.

⁴⁹ Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado, II – Das Obrigações em Geral*, (anotação 37 ao artigo 762.º), uma das funções assinaladas à boa-fé no contexto do artigo 762.º consiste na determinação do esforço exigível, podendo, no limite, dar azo a figuras como a impossibilidade económica, a inexigibilidade e a alteração das circunstâncias ou, até, o abuso de direito, todas elas modeladas pela boa-fé.

Na vigência da redacção originária do BGB, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, *Allgemeiner Teil*, p. 320, defendeu, precisamente, que as situações de dificuldade extraordinária concernentes à alteração ou desaparecimento da base do negócio deveriam ser solucionadas pela cláusula geral da boa-fé consagrada no § 242.

⁵⁰ Introdução CXI a CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*.

Com efeito, ao contrário do que, aparentemente, parece resultar do artigo 798.º, o devedor não responde pelos prejuízos causados ao credor apenas quando falta culposamente ao cumprimento. Essa responsabilidade indenizatória também existe quando o incumprimento resulte de riscos que lhe caiba suportar, seja por lhe ter sido subjectivamente impossível cumprir uma prestação fungível sem ter conseguido providenciar a sua substituição (artigo 791.º), seja por os riscos pertencerem à álea do contrato (artigo 437.º, n.º 1).

II. O princípio da culpa não está vertido em regras imperativas, nem faz parte da ordem pública do Direito dos contratos⁵¹. Daqui resultam algumas consequências basilares, quer ao nível das soluções legais, quer ao nível das regulações convencionais.

No plano convencional, é plenamente admissível o afastamento da culpa enquanto pressuposto de responsabilidade. Ao abrigo da autonomia privada, a lei permite que o devedor se vincule perante o credor em termos de lhe *garantir* um certo resultado, aceitando, por consequência, o risco da sua não verificação. O devedor pode, no limite, assumir responsabilidade indenizatória ainda que esse facto se deva, inclusive, a uma situação de impossibilidade objectiva, ou seja, respondendo já não como inadimplente, mas enquanto *garante*.

Ao nível das soluções legais, os resultados desta reflexão não pretendem desmentir a vigência do princípio da culpa enquanto critério prevalente de imputação de danos no quadro da responsabilidade obrigacional. Servem, antes, para evidenciar a forte impregnação do princípio da culpa pelo pensamento do risco, dando lugar a uma culpa *críptica*, que combina bem com o conceito, algo impróprio, de “culpa de organização” ou “culpa funcional”.

Em suma, há danos que, apesar de ainda se dizerem imputados a título de culpa do devedor (artigos 798.º e 801.º), apenas lhe podem ser atribuídos por se entender à luz dos valores que regem as relações de troca, que é mais justo que seja o devedor a responder pelos riscos que afectaram a sua capacidade de cumprimento, quer sejam intrínsecos ou, inclusive, extrínsecos à sua esfera de meios, mas que, pela conjugação de circunstâncias acidentais, somente nela se reflectiram.

⁵¹ Sobre o sentido da referência à ordem pública pelo artigo 280.º, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II – Parte Geral. Negócio jurídico*, Coimbra, Almedina, 5.ª edição, 2021, pp. 603-605, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A ordem pública dos contratos*, RFDUP, 2007, Vol. 4, p. 291, chamando ambos a atenção para a função subsidiária da ordem pública em relação às regras imperativas, em termos de os seus valores não terem que ser objecto de previsão legal específica.

III. A investigação vem confirmar que, ao contrário dos axiomas que vigoram sem exceções, os princípios jurídicos não só não valem sem exceção, como ainda admitem restrições recíprocas, de que são exemplo as relações entre os princípios da culpa e do risco em diversos lugares da lei⁵².

Além disso, nem sempre é possível que a modelação jurídico-positiva obedeça em pleno ao conteúdo dos princípios que a inspiram, pois as estritas regras de imputação estão normalmente sujeitas a ponderações de interesses que podem implicar soluções de compromisso entre diferentes princípios jurídicos, sem que daí resulte prejudicada a razão primeira dos distintos critérios de imputação que, frequentemente, apenas se deixa compreender a nível de ordenação global do sistema ou subsistema a que respeitem⁵³.

Aquilo que se procurou salientar – e que, a nosso ver, consiste no traço singular do tema – é o peculiar tipo de coabitação entre a culpa e o risco enquanto critérios opostos de imputação no seio do mesmo subsistema – a responsabilidade obrigacional – que se deixaria pretensamente governar – de forma quase exclusiva – pelo princípio da culpa, sem prejuízo das ressalvas representadas por disposições específicas como os artigos 800.º e 807.º. Essa forma singular de coabitação reside no facto de a própria imputação culposa se deixar infiltrar pelo princípio do risco, absorvendo hipóteses de responsabilidade por não cumprimento que não se reconduzem a falta ou deficiente diligência do devedor⁵⁴.

Esta “responsabilidade pelo risco contratual” deve, porém, conhecer limites, os quais são dados por uma perturbação de tal forma grave na relação de equivalência entre as prestações, que o seu cumprimento se torne inexigível ao abrigo da boa-fé (artigo 762.º, n.º 2).

⁵² Sobre as características dos princípios e das respectivas diferenças face aos axiomas, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian (tradução de António Menezes Cordeiro), 1989, pp. 88-102.

⁵³ Em relação às flutuações que podem acompanhar a convertibilidade jurídico-positiva dos princípios, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II - Halbband 2, *Besonderer Teil*, 13ª edição, Munique, 1994, p. 607.

⁵⁴ Como observa KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, *Allgemeiner Teil*, p. 277, a responsabilidade do devedor vai consideravelmente mais longe do que faz reconhecer o princípio da culpa. À responsabilidade, em princípio, sempre existente por um comportamento pessoalmente culposos, junta-se, em relação a certos casos, uma responsabilidade “objectiva” do devedor, em parte, pela sua acção ou omissão próprias (“objectivamente negligentes”), em parte, por acções de outrem, em parte, pelo resultado devido.

IV. Se estas conclusões estiverem correctas, daqui decorre também que o encargo probatório que recai sobre o devedor por força da presunção de culpa estabelecida pelo artigo 799.º, n.º 1, tem um âmbito necessariamente superior ao que parece resultar do sentido imediato do preceito.

Presumir a culpa do devedor significa que a lei supõe que o não cumprimento dos deveres de prestar resulta de não terem sido observados os procedimentos impostos pelo figurino do *bonus pater famílias*. Logo, a desoneração devia produzir-se com a mera prova de que tais deveres foram respeitados, pelo que não teria havido culpa na verificação do resultado proibido. A demonstração de uma conduta diligente seria suficiente para indiciar a interferência de uma causa estranha, cuja eclosão e conseqüências não estaria ao alcance do devedor impedir⁵⁵.

Contudo, esta prova não basta. Nos termos do desenvolvimento oportunamente aprofundado, só a impossibilidade objectiva e absoluta da prestação exonera o devedor. Por conseguinte, o devedor apenas se desvincula se provar que a prestação não pode ser cumprida por ninguém em virtude de o obstáculo revestir uma tal ordem de intensidade que se revela totalmente insuperável pelas forças humanas de toda e qualquer pessoa.

Logo, o devedor, sob pena de responder pelo risco da causa estranha, é obrigado a fazer a prova positiva do evento que provocou a impossibilidade objectiva e absoluta de cumprir os deveres de prestar, seja caso fortuito ou de força maior, um facto do credor, de terceiro ou um acto ou decisão das autoridades públicas.

A final, até parece que estaríamos de regresso ao sentido essencial que já decorria do Código de Seabra. Em caso de não cumprimento, o artigo 705.º estabelecia que o devedor tornava-se responsável pelos prejuízos causados à contraparte, salvo provando ter sido impedido por facto desse contraente, por força maior ou caso fortuito para o qual de nenhum modo tivesse contribuído⁵⁶.

⁵⁵ A propósito da responsabilidade dos concessionários por acidentes em auto-estradas, SINDE MONTEIRO, Anotação ao Acórdão do STJ de 12/11/1996, RLJ Ano 132º (1999), N.º 3900, p. 93, também considera que a prova de uma conduta diligente indicia a interferência de uma causa estranha embora, adiante (p. 94), entenda que incumbirá à concessionária a prova do facto de terceiro, do lesado ou de caso fortuito, quando a causa provenha da sua esfera de responsabilidade.

⁵⁶ Depois de confessar “dúvidas e dificuldades várias quanto à articulação entre o requisito da culpa e a impossibilidade”, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, pp. 239-240 (nota 545), interrogava-se sobre se caberia ao devedor provar sempre a impossibilidade de cumprimento para não ser declarado responsável, não interessando a culpa senão para se avaliar se essa impossibilidade é ou não culposa ou se bastaria ao devedor provar que não teve culpa, para o efeito de não ser tido

Todavia, a conclusão que, em rigor, se deve actualmente formular face aos dados do Código de 1966, é ainda mais severa: o caso fortuito apenas tem eficácia liberatória se causar impossibilidade objectiva, não bastando, por isso, ao devedor demonstrar que foi pessoalmente impedido de cumprir por força maior ou caso fortuito. O devedor, subjectivamente impedido de cumprir uma prestação fungível por circunstâncias fortuitas ou de força maior que não geraram impossibilidade objectiva, tem o dever de se fazer substituir por terceiro nos termos do artigo 791.º.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MüKoBGB, Band 2, Schulrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241-310, 9.ª edição, 2022, Wolfgang Ernst: 3 citações

MüKoBGB, Band 7, Schulrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705-853, 8.ª edição, 2020, Gerhard Wagner

Othmar Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18.ª edição, Munique, Beck, 2021, Astrid Stadler (§ 275): 1 citação

Othmar Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18.ª edição, Munique, Beck, 2021, Arndt Teichmann (§ 823).

responsável, embora a obrigação não se extinga por não se ter tornado rigorosamente impossível o seu cumprimento.