



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Distribuição do risco em contratos de prestação de serviços

Inês Maximiano Ferreira Veloso

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2017



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Distribuição do risco em contratos de prestação de serviços

Inês Maximiano Ferreira Veloso

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2017

Aos meus pais.

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Agostinho Guedes agradeço o privilégio de ter sido meu orientador, toda a ajuda e apoio disponibilizados e todo o conhecimento partilhado.

Aos meus pais e irmão, que sempre me incentivaram a fazer mais e melhor.

Ao meu namorado que é um grande apoio na minha vida.

Resumo

O tema da distribuição do risco em contratos de prestação de serviços pertence a uma das áreas de estudo menos aprofundadas no direito dos contratos em geral, não deixando, ainda assim, de ser uma das temáticas mais preponderantes e imprescindíveis para o quotidiano jurídico.

Assim, nesta dissertação, propomo-nos a explorar o referido tema, tentando transmitir mais esclarecimento sobre o mesmo.

Por conseguinte, debruçar-nos-emos sobre a definição de “risco” e a causa da existência de tanta dificuldade em obter apenas uma definição para o conceito. Sem demora, trataremos também de encontrar uma definição para casos fortuitos e eventos de força maior e de explicar o que estes significam em termos de distribuição de risco.

Focar-nos-emos, de seguida, em definir os diferentes tipos de impossibilidade de cumprimento da prestação e, ainda, em levantar questões relativas aos mesmos.

Finalmente, prestaremos particular atenção aos artigos 790º a 795º do Código Civil português e tentaremos demonstrar como se distribui o risco nos contratos de prestação de serviços pelos diferentes contraentes.

Com este trabalho, tentaremos então apontar soluções para as questões elencadas, esperando que venham a ser um contributo para esta área jurídica.

Palavras-chave: risco, força maior, impossibilidade, contratos de prestação de serviços

Abstract

The theme about risk distribution regarding service contracts belongs to one of the less studied matters in contract law in general. Despite this, it's still one of the most preponderant and indispensable theme for the legal daily routine.

In the present dissertation we propose to explore the said theme and try to convey some clarification about it.

Therefore, we will lean on the definition of “risk” and the cause why there is such difficulty to obtain just one definition to this concept. Without further delay, we will also try to find a definition for force majeure events and explain what they mean regarding risk distribution.

Then we will focus on the definition of the different types of impossibility of accomplishment of the instalment of the service rendered. At this point we will also raise questions about the said types of impossibility.

Finally we will pay special attention to the articles 790° to 795° of the portuguese Civil Code and from that we will try to demonstrate how risk is distributed between different contractors in service contracts.

With this work we will try to appoint solutions to the listed questions hoping that they may be a contribution to this legal area.

Keywords: risk, force majeure, impossibility, service contracts

Índice

Agradecimentos.....	ii
Resumo.....	iii
Abstract	iv
Lista de siglas e abreviaturas.....	vi
1. Introdução.....	1
2. “Risco” – Definição.....	2
3. Casos fortuitos e eventos de força maior e casos fortuitos – Breve noção.....	6
4. Distribuição do risco em contratos de prestação de serviços	9
4.1. Casos de impossibilidade de prestação e de cumprimento.....	9
4.2. Análise dos artigos 790º a 795º do Código Civil e distribuição do risco	19
5. Conclusão.....	32
6. Bibliografia.....	33

Lista de siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão

art./arts. – artigo/artigos

CC – Código Civil

Cfr. – Conferir

cit. – citada

CPC – Código do Processo Civil.

DCFR – Draft Common Frame of Reference

DL – Decreto-lei

ed. – edição

ex. - exemplo

ob. - obra

p./pp. – página/páginas

ss – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRP – Tribunal da Relação do Porto

vol. - volume

1. Introdução

O tema da distribuição do risco em contratos de prestação de serviços pertence a uma das áreas de estudo menos aprofundadas no direito dos contratos em geral, não deixando, ainda assim, de ser uma das temáticas mais preponderantes e imprescindíveis para o quotidiano jurídico.

Por vezes, o cumprimento de uma prestação pode tornar-se impossível por causas que não são imputáveis nem ao credor, nem ao devedor. Estas causas são normalmente denominadas de casos fortuitos e eventos de força maior.

É aquando da ocorrência destes referidos eventos que a distribuição do risco adquire um papel extremamente relevante, uma vez que destes casos podem decorrer prejuízos e há que saber quem os irá suportar. Ora a distribuição do risco tem precisamente o objetivo de prever e regular quais os prejuízos que terão de ser suportados por cada parte.

Existem, ainda, casos em que a execução da prestação se torna mais difícil e onerosa, mercê de casos fortuitos ou de eventos de força maior, mas que não são verdadeiras situações de impossibilidade de cumprimento da prestação. Também neste tipo de circunstâncias há que saber quem suporta os possíveis prejuízos daí decorrentes e, mais uma vez, a distribuição do risco assume a importante função de esclarecer que contraente suporta os prejuízos.

Mas como se distribui exatamente o risco entre credor e devedor em contratos de prestação de serviços? Quais as consequências da prestação se tornar impossível por causas não imputáveis a ambas as partes? Em que situações um facto que torna mais difícil e onerosa a execução da prestação deixa de ser suportado por uma das partes e passa a ser suportado pela outra? São estas algumas das questões que esta dissertação pretende levantar.

Com este trabalho, então, propomo-nos a explorar o tema da distribuição do risco em contratos de prestação de serviços e a transmitir mais esclarecimento sobre o mesmo, tentando apontar soluções para as questões elencadas e esperando que venham a ser um contributo para esta área jurídica.

2. “Risco” – Definição

“Risco” é um conceito que não vem definido na lei portuguesa¹. O Código Civil não o define, indicando apenas em que circunstâncias ocorre a transferência, entre contraentes, do risco de perecimento e deterioração de bens em contratos translativos.

A própria doutrina parece ter opiniões e definições diversas para este conceito, as quais tendem a variar consoante autores e situações em que o termo “risco” é abordado.

Por onde se poderá, então, começar a definir e caracterizar o conceito de “risco”?

Antes de mais, é importante analisar a palavra em si mesma. Esta pressupõe a probabilidade de um qualquer evento ocorrer, transmitindo a ideia de uma certa imprevisibilidade e/ou inevitabilidade² que acarreta consequências.

Do acima referido, podemos aferir que risco é algo que, aquando da contratação de um contrato, as partes tentam ao máximo prever e tomar medidas para que este seja evitado. Posto isto, “risco” poderá ser algo que não será imputável a nenhuma das partes.

Assim, quando falamos de responsabilidade civil, já não estamos a falar de “risco” mas sim de danos provocados por atos ilícitos e culposos, dado que “risco” não dependerá de ilicitude e culpa (requisitos para a responsabilidade civil extracontratual – 483º nº1 e nº2)³.

Podemos ainda afirmar que risco é algo distinto de incumprimento⁴: incumprimento refere-se a um ato voluntário de uma das partes⁵; já “risco” está relacionado com factos que estão fora da vontade dos agentes.

Como define a doutrina o conceito de “risco”?

PESSOA JORGE refere que podem ocorrer obstáculos ao cumprimento de uma obrigação, não sendo, no entanto, os obstáculos intransponíveis, pode o devedor cumprir a prestação, ainda que com maior esforço e onerosidade. Visto isto, o autor define “risco” como sendo os prejuízos decorrentes de um facto jurídico (que por definição não é voluntário) ou de um comportamento lícito, isto é, o risco propriamente dito é meramente o prejuízo que decorrerá de uma eventual inexecução ou incumprimento da prestação. Este autor alerta ainda para que não se confunda “risco” com “álea” (este termo refere-se à possibilidade de prejuízo com

¹A.C. Guedes, «A partilha de risco nos contratos de construção de imóveis no Código Civil e no DCFR», in *Um direito europeu das obrigações? A influência do DCFR*, Porto, 2015, pp. 163 e 165.

²Brandão Proença, «Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações», 1ª ed., Coimbra Editora, 2011, pp. 163 e ss.

³Almeida Costa, «Direito das Obrigações», 12ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 611, 612 e 613.

⁴Incumprimento ocorre quando, chegado o momento de vencimento, o devedor não realiza a prestação ou realiza-a mal. Pessoa Jorge, «Direito das Obrigações», Lisboa, 1976, p. 447.

⁵Podem existir casos em que há um problema de risco, mas em que uma das partes já se encontrava em incumprimento, sendo, por isso, ela a suportar esse risco. – Cfr. Galvão Telles, ob. cit., p. 308.

inerente possibilidade de ganho, decorrente de um acontecimento incerto; este nada tem a ver com a problemática do risco)⁶.

Uma reflexão semelhante parece seguir GALVÃO TELLES quando diz que o conceito de “risco” consiste em suportar os prejuízos resultantes de a prestação se impossibilitar por caso fortuito ou de força maior⁷.

Embora exista uma pequena divergência entre estes autores⁸, ambos parecem concordar que o “risco” é derivado de um acontecimento imprevisível e inevitável, o que nos parece ser a aceção mais próxima do conceito.

Em sentido diverso, e com base nos artigos 790º a 795º do CC, acreditamos que se possa retirar uma outra definição de “risco”, mais coincidente com a ideia de imprevisibilidade e inevitabilidade acima referida. Assim sendo, “risco” será o conjunto de factos futuros e incertos, não imputáveis a nenhuma das partes, de acordo com as regras de imputação da responsabilidade, e que tornam o cumprimento mais difícil, mais oneroso⁹ ou até mesmo impossível¹⁰.

O DCFR¹¹, relativamente ao caso particular da empreitada, define positivamente “risco” como a ocorrência de um evento não imputável ao dono da obra ou ao empreiteiro e que impede, temporariamente, o empreiteiro de realizar a obra a que se vinculou¹², o que parece suportar a definição de “risco” que se pode retirar dos arts. 790º a 795º do CC.

Nestes artigos encontram-se englobados o risco de atraso na prestação e o risco de impossibilidade de prestar decorrentes de eventos de força maior e casos fortuitos. O risco de atraso na execução da prestação está previsto no art. 792º do CC e o risco de impossibilidade de prestação por causa não imputável ao devedor encontra-se no nº1 do art. 790º e no art. 791º do CC¹³ (a lei não contém uma definição do que possa ser esta impossibilidade não imputável ao devedor, porém, o art. 791º esclarece que apenas quando a mesma é relativa ao devedor e

⁶Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., pp. 93, 608 e 609.

⁷I. Galvão Telles, «Direito das Obrigações», 7ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 319.

⁸Existe uma divergência entre os dois autores pelo facto de Pessoa Jorge definir “risco” como os prejuízos propriamente ditos e Galvão Telles o definir como o ato de suportar os prejuízos. Contudo, ambos baseiam a definição de “risco” na ideia de prejuízos.

⁹Maior onerosidade e dificuldade - “*Difficultas praestandi*” – podem traduzir-se como um maior esforço e sacrifício na realização da prestação (por exemplo, aumento dos custos, agravamento nos prejuízos e atrasos no cumprimento); A “*difficultas praestandi*”, todavia, não é causa de extinção da obrigação. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 93; Antunes Varela, «Das Obrigações em Geral», vol. II, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, p. 68.

¹⁰Cfr. A.C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 166.

¹¹O DCFR é um conjunto de definições e regras modelo que surgiu na sequência de um plano de ação da Comissão Europeia para criar uma maior coerência no direito europeu dos contratos.

¹²Cfr. A.C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 167; DCFR entende evento não imputável ao devedor como: «*impediment beyond the debtor’s control [which] the debtor could no reasonably be expected to have avoided or overcome*» – III. – 3:104:(1) e (2).

¹³Cfr. A.C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 165.

este não se puder substituir por outra pessoa, esta impossibilidade subjetiva exonera o devedor¹⁴).

Reúnem-se, assim, os casos em que o devedor fica exonerado do risco de prestação, o que acontece quando o evento perturbador do cumprimento não é imputável a nenhuma das partes ou é imputável ao credor (nº1 do art. 790º e nº2 do art. 795º)¹⁵.

Também nos artigos 1227º e 1228º do CC, referentes à empreitada, se pode retirar uma noção do conceito de “risco” que se conjuga e se completa com os artigos já acima referidos. No art. 1227º está implícito o risco de impossibilidade de execução da obra, determinando que no caso da execução da obra se tornar impossível por causa não imputável a qualquer das partes, é aplicável o disposto no art. 790º. Já no art. 1228º está regulado o risco de perecimento e de deterioração da obra por causa não imputável a qualquer das partes.¹⁶

É ainda nos artigos citados que a lei portuguesa regula a “partilha do risco” em contratos de prestação de serviços. Esta pode ser traduzida mais corretamente em “partilha de danos”, uma vez que representa um conjunto de critérios legais que visam a repartição de prejuízos resultantes de acontecimentos que tenham originado maior dificuldade e onerosidade¹⁷.

É de extrema importância a distinção que BAPTISTA MACHADO faz entre “risco de prestação” e “risco de utilização”, uma vez que determina que o risco se manifesta de forma distinta entre o credor e o devedor¹⁸.

Por conseguinte, o risco de prestação é suportado pelo devedor e abrange o agravamento do custo ou dificuldades da prestação, o da perda do direito da contraprestação e o da perda dos dispêndios e esforços realizados com vista à prestação, quando esta se torne impossível¹⁹.

Por outro lado, o “risco de utilização” é suportado pelo credor e traduz-se no facto da prestação não servir para o fim a que o credor a destinava, ou em não poder utilizá-la para esse ou outro fim, por se ter malogrado o seu plano de aplicação²⁰.

Existem, ainda, outros tipos de “risco”. Um, mencionado também por BAPTISTA MACHADO, é o “risco da perda de valor-utilidade ou rendimento da prestação e de desperdício da capacidade de prestar vinculada”²¹. Neste encontram-se englobados os casos de não exercício definitivo do direito, por causa imputável ao credor (muito diferente dos

¹⁴Apenas no caso de prestações de carácter infungível é o devedor exonerado da responsabilidade pelo incumprimento.

¹⁵Cfr. A.C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 166; Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p. 76.

¹⁶Cfr. A.C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., pp. 165, 166 e 181.

¹⁷Cfr. A.C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 166.

¹⁸Baptista Machado, «Risco Contratual e Mora do Credor», in *Obra Dispersa*, Braga, 1991, p. 274.

¹⁹Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 274.

²⁰Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 274; Antunes Varela, ob. cit., p. 76.

²¹Cfr. Baptista Machado, ob., cit., pp 268 e 269.

casos em que existe uma impossibilidade de prestar por parte do devedor). Nestes casos, o devedor não se encontra impossibilitado de prestar, muito pelo contrário; porém, o credor por algum motivo não fez uso do seu direito à prestação. Deste modo, a prestação deve ser considerada como realizada. Um ex. para melhor se compreender esta situação particular é o caso de A comprar um bilhete para um navio cruzeiro mas quando está a caminho para fazer o embarque sofre um acidente que o impossibilita de partir. Outro ex. é A ter comprado o bilhete para o navio e, à última da hora, ter simplesmente decidido não embarcar.²²

Por fim, deve ser abordado o “risco de cooperação” do credor. Quando por falta de cooperação²³ do credor, uma prestação de prazo absolutamente fixo se torna impossível, esta impossibilidade nada tem a ver com a impossibilidade de prestar do devedor mas com a perda do valor da prestação por força do tempo.²⁴

O “risco de cooperação” difere do “risco da perda de valor-utilidade ou rendimento da prestação e de desperdício da capacidade de prestar vinculada”, já que no primeiro o devedor fica impedido de prestar por causa imputável ao credor, enquanto no segundo a prestação é concretizada pelo devedor, todavia o credor não faz uso da mesma por alguma razão pertencente à sua esfera de risco.

Concluindo, acreditamos que “risco” se traduza como o grupo de eventos que perturbam o programa contratual, tal como este foi previsto pelas partes, induzindo uma maior dificuldade ou onerosidade no cumprimento do contrato e que causam mesmo a sua impossibilidade²⁵. Assim, podemos verificar que “risco” se identifica como o conjunto de eventos inesperados que não podiam ser previstos pelas partes, nem evitados mesmo que se fizesse uso de toda a diligência possível para que fossem impedidos. Ora estes eventos acarretam consequências, como o atraso da prestação ou mesmo a sua impossibilidade objetiva. Por sua vez, as consequências elencadas levam a uma materialização do risco, que se traduz nos prejuízos que ambas as partes terão de suportar²⁶. Neste ponto, tornam-se, portanto, relevantes as regras da “partilha do risco” já antes referida e que serão mais amplamente exploradas nos próximos capítulos desta tese.

²²Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p.78; Baptista Machado, ob. cit. p. 541.

²³Falta de cooperação por parte do credor pode traduzir-se em mora do mesmo, não aceitação da prestação ou falta da colaboração necessária à realização da prestação.

²⁴Cfr. Baptista Machado, ob., cit., p. 268.

²⁵Cfr. A.C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 166.

²⁶Prejuízos maioritariamente monetários ou patrimoniais, embora possam existir outros tipos de natureza não material.

3. Casos fortuitos e eventos de força maior e casos fortuitos – Breve noção

Neste capítulo iremos dar uma breve noção de “eventos de força maior e casos fortuitos”, de modo a que possamos obter uma melhor compreensão do que são e do que representam acontecimentos que não dependem das vontades das partes, e ainda que consequências acarretam.

O CC português, no nº 1 do art. 790º, refere que se extingue a obrigação quando esta se torna impossível por causa não imputável ao devedor.²⁷

Mas o que é esta causa não imputável ao devedor que o CC menciona?

Será, então, precisamente um evento de força maior ou um caso fortuito.

Para que um evento possa ser classificado como um evento de força maior tem de ser imprevisível, irresistível (inevitável ou insuperável; tem de criar uma situação de impossibilidade) e exterior à esfera de atividade e de controlo do devedor.²⁸

ALMEIDA COSTA parece concordar com a ideia acima citada, quando define evento de força maior e caso fortuito como sendo o conjunto de todos os factos humanos ou naturais que obstam ao cumprimento da obrigação, sem existir culpa do devedor.²⁹

Porém, o mesmo autor procede a uma distinção mais pormenorizada dos conceitos “evento de força maior” e “caso fortuito”. Assim, caso fortuito³⁰ é descrito como sendo o desenvolvimento de forças naturais a que se mantém estranha a ação humana e que transmite uma ideia de imprevisibilidade (por ex.: incêndios, morte). Já evento de força maior é baseado em inevitabilidade³¹ e é definido como o grupo de factos de terceiros pelos quais o devedor não é responsável (por ex.: guerras, prisão).³²

PESSOA JORGE menciona que o evento de força maior pode também respeitar à pessoa do devedor, não se tratando necessariamente de coisa estranha (por ex.: doença).³³

²⁷Pires de Lima e Antunes Varela, «Código Civil Anotado», vol. II, 4ª ed., Coimbra, 1997, p. 42.

²⁸Pinto Monteiro, «Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade», Coimbra, 1985, p. 108; Pessoa Jorge, ob. cit., pp. 519 e 520; Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 164; Silva, J. C., «Responsabilidade Civil do Produtor», Edições Almedina, Coimbra, 1990, p. 738.

²⁹Cfr. Almeida Costa, ob. cit., pp. 1072 e 1073.

³⁰Antunes Varela, ob. cit., p. 81; O caso fortuito não pode ser um ato voluntário, não pode ser causado, nem ser resultado de um evento imputável ao devedor. Cfr. Pinto Monteiro, “Cláusulas limitativas...”, cit., p. 148.

³¹“O que é essencial é que o acontecimento seja insuperável enquanto escolho ao cumprimento do devedor (...). Não é por o devedor nada poder fazer para evitar uma inundação resultante de uma monção que se pode defender com base na força maior; é, antes, porque ele nada pôde fazer para evitar, em tempo útil, que aquela inundação o impedisse de cumprir.” – J.A. Pinto Monteiro, «Esforços e Sacrificios Exigíveis no Cumprimento Contratual», Policopiada, Coimbra, 2015, p. 140.

³²Cfr. Almeida Costa, ob. cit., pp. 1073 e 1074.

³³Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 518.

Ainda a respeito do caso fortuito e de força maior, J. A. Pinto Monteiro refere que este “constitui um impedimento inafastável ao cumprimento” e que “uma vez ocorrido, nada há que o devedor possa fazer em tempo útil – não só o devedor concreto, como qualquer terceiro que o pudesse substituir no cumprimento.”³⁴

Posto isto, um evento de força maior é aquele que não pode ser controlado, nem previsto por um contraente diligente, ou seja, é algo que está fora do controlo das partes, que não poderia ser previsto, nem controlado por elas, mesmo que fizessem uso de toda a diligência exigível.³⁵

Que consequências acarretam os casos fortuitos e eventos de força maior?

A ocorrência de um caso fortuito ou evento de força maior implica a alteração das circunstâncias, fazendo com que a realização da prestação se torne excessivamente mais difícil e onerosa (“*difficultas praestandi*” ou “*difficultas agendi*”) ou até mesmo impossível. A verificação de um destes eventos tem ainda como efeitos o facto de não existir responsabilidade pelo incumprimento e a suspensão das obrigações das partes enquanto o evento decorrer.³⁶

Como nos podemos aperceber por tudo o que já foi referido, estes eventos de força maior e casos fortuitos estão intrinsecamente ligados ao conceito de “risco” abordado no capítulo anterior. O próprio conceito “risco” implica a probabilidade de eventos de força maior e casos fortuitos virem a concretizar-se.

Assim, como podem as partes proteger-se no caso de um destes eventos se vier a manifestar?

Segundo ANTUNES VARELA, tanto as regras referentes ao risco, como as regras relativas aos efeitos da impossibilidade de prestação, são dotadas de carácter supletivo³⁷. Não existem razões de interesse ou de ordem pública que impeçam os contraentes de fixar em termos diferentes o regime de risco a que se vão vincular.³⁸

³⁴Cfr. J. A. Pinto Monteiro, ob. cit., p. 139.

³⁵Um conceito de força maior vem estabelecido na Portaria 1318/95 de 7/11, no nº2 do art. 7º: “Considera-se caso de força maior todo o evento imprevisível cujos efeitos se produzam independentemente da vontade do operador, designadamente situações de catástrofe natural, atos de guerra, declarada ou não, de subversão, alteração da ordem pública, bloqueio económico e incêndio”. Também no Ac. TRP de 26.02.2004 é citado o Professor Marcelo Caetano (Manual de Direito Administrativo, vol. II, 9ªed., 1306): “Força maior é um facto imprevisível e não querido pelo agente, que o impossibilita absolutamente de agir segundo as resoluções da vontade própria, quer paralisando-a, quer transformando o indivíduo em cego instrumento de forças externas irresistíveis.” - Ac. TRP de 26.02.2004, in www.dgsi.pt

³⁶Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 42; Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 171.

³⁷Artigo 405º do CC – Liberdade contratual.

³⁸Cfr. Antunes Varela, ob. cit., pp. 89.

Desta forma, as partes podem redigir cláusulas de força maior, que têm por objetivo a repartição do risco contratual e a limitação da responsabilidade em caso de ocorrência de um dos eventos já citados.³⁹

Estas cláusulas têm, geralmente, uma cláusula geral seguida de uma enumeração exemplificativa⁴⁰ do que poderão ser classificados como casos de força maior ou que situações poderão ser equiparadas a estes⁴¹, podendo esta enumeração ser, por vezes, taxativa⁴². Prontamente devem ser enumerados os efeitos da suspensão da obrigação e os deveres de aviso e de atenuação do incumprimento. Deve ainda ser fixado um prazo, findo o qual as partes têm o direito de se desvincularem do contrato.

De acordo com PINTO MONTEIRO, estas cláusulas apenas são válidas se os acontecimentos equiparados a casos de força maior forem suficientemente determinados e precisos, e que os mesmos não sejam imputáveis ao devedor.⁴³

Podemos então concluir que as cláusulas de força maior são redigidas livremente pelas partes num contrato para que seja definida a “partilha do risco” e para que exista uma certa limitação da responsabilidade no caso de se verificar um evento de força maior.

³⁹Cfr. A.C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 168.

⁴⁰Cláusula de força maior aberta – redigida no benefício do devedor.

⁴¹“A exclusão da responsabilidade do devedor poderá conseguir-se através da equiparação, por iniciativa e acordo das partes, de certas situações a casos de força maior, que poderiam não exonerar o devedor por não constituírem sempre um caso de força maior.” Cfr. Pinto Monteiro, “Cláusulas limitativas...”, cit., pp. 107 e 108.

⁴²Cláusula de força maior fechada – redigida no benefício do credor.

⁴³Cfr. Pinto Monteiro, “Cláusulas limitativas...”, cit., p. 109.

4. Distribuição do risco em contratos de prestação de serviços

Neste capítulo serão abordados os casos de impossibilidade e de demora no cumprimento da prestação decorrentes de casos fortuitos e de força maior, previstos nos arts. 790º a 795º do CC, e como se distribui o risco entre as partes nestes casos particulares.

4.1. Casos de impossibilidade de prestação e de cumprimento

A obrigação a que o devedor se vincula impõe-lhe um dever de prestar, frequentemente ligado a um dever de contraprestação por parte do credor. Não obstante, por vezes, o devedor pode encontrar-se impossibilitado de cumprir devido a circunstâncias que são externas à sua vontade⁴⁴.

“A prestação torna-se impossível quando, por qualquer circunstância, o comportamento exigível do devedor, segundo o conteúdo da obrigação, se torna inviável.” Assim se refere ANTUNES VARELA à impossibilidade de prestação.⁴⁵

O que quer isto dizer é que a prestação se torna impossível quando não se consegue produzir o resultado esperado⁴⁶. Enquanto este resultado não se produzir mantém-se o dever de prestar, exceto se suceder um evento que impossibilite de vez a prestação, o que levará a uma impossibilidade de cumprimento⁴⁷.

Na particularidade de a prestação não poder valer como cumprimento, isto é, no caso de a prestação não produzir resultado, o devedor é desobrigado de a fazer⁴⁸.

Mas como se caracteriza a impossibilidade de prestação com que o devedor se poderá deparar e que poderá conduzir ao incumprimento?

Na interpretação de BAPTISTA MACHADO, o conceito de “impossibilidade” é utilizado pela lei portuguesa visando distribuir o risco contratual⁴⁹.

Nesta linha de pensamento, a impossibilidade pode ser imputável ao devedor, ao credor ou não ser imputável a nenhum dos dois⁵⁰. Na impossibilidade fortuita ou casual não existe um

⁴⁴Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 163.

⁴⁵Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p. 67.

⁴⁶Concretização da prestação e satisfação do credor.

⁴⁷Cfr. Baptista Machado, ob. cit., pp. 265 e 266.

⁴⁸Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 269.

⁴⁹Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 273.

⁵⁰Cfr. Antunes Varela, ob., cit., p. 64.

verdadeiro incumprimento, revestindo já a problemática do “risco”⁵¹. É neste tipo de impossibilidade que iremos incidir mais pormenorizadamente.

A impossibilidade, tal como alude o n.º1 do art. 280º, pode ser categorizada como física e legal.

A impossibilidade física ocorre quando o obstáculo que se contrapõe à realização da prestação tem carácter natural, ou seja, quando resulta da índole das coisas. A obrigação tem objeto fisicamente impossível quando versa sobre a coisa que não existe nem pode existir, ou quando se refere a atividade do devedor que está além das suas capacidades⁵².

Por outro lado, quando o obstáculo que se opõe à realização da prestação deriva de norma legal, temos a impossibilidade legal. Nesta podem ser compreendidas coisas fora do comércio⁵³, prestações que dependam da prática de atos ou negócios jurídicos inválidos, prestações que sejam contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes⁵⁴ e prestações que não se podem determinar⁵⁵.

De acordo com PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, o facto de a obrigação se vir a tornar impossível de realizar diverge do facto de a obrigação já ser impossível de concretizar desde logo do momento da sua constituição⁵⁶.

Desta forma, atendendo ao momento em que a impossibilidade de prestar sucede, esta pode ser classificada como originária ou superveniente⁵⁷.

A impossibilidade é denominada de originária quando já existe no momento da constituição da obrigação. Esta existirá, por ex., quando se vende certa coisa que, no momento da venda, já não existe⁵⁸.

A impossibilidade originária vem regulada no CC nos arts. 401º e n.º1 do 280º⁵⁹, tendo como principal consequência a nulidade do negócio jurídico, isto é, torna nulo o contrato acordado pelas partes e, portanto, obsta à constituição da obrigação⁶⁰.

⁵¹Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit. p. 103.

⁵²Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 88.

⁵³Ver n.º2 do art. 202º do CC.

⁵⁴N.º2 do art. 280º do CC.

⁵⁵Tal como dita o n.º1 do art. 280º do CC; Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., pp. 88 e 89.

⁵⁶Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 42.

⁵⁷Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 89.

⁵⁸Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 89.

⁵⁹Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 42; Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 96; Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 1034; Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 169.

⁶⁰Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 42; Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 96; Cfr., Galvão Telles, ob. cit., p. 324; Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 168; Cfr. Menezes Leitão, ob. cit., p. 117.

Porém, a impossibilidade, sendo originária, não afeta a validade do negócio jurídico quando este está sujeito a condição ou a termo e a impossibilidade desaparece antes da verificação do mesmo⁶¹.

Em contrapartida, a impossibilidade é caracterizada como superveniente⁶² quando só se verifica posteriormente à constituição da obrigação, ou seja, no espaço de tempo em que a obrigação teria de ser cumprida. Esta forma de impossibilidade decorre quando, por ex., a coisa a ser vendida existia no momento da venda, contudo veio a ser destruída antes do vendedor a entregar ao comprador⁶³.

Caso a impossibilidade superveniente seja provocada por ato ou omissão do devedor, isto é, se lhe for imputável, ele fica obrigado a indenizar o credor pelos prejuízos sofridos. Se for devida a caso fortuito ou de força maior ou devida a culpa do credor, o devedor fica exonerado e não incorre em responsabilidade contanto que a impossibilidade seja definitiva; porém, caso a impossibilidade seja temporária, o devedor continua obrigado à prestação, mas não é, neste caso, responsável pelo atraso que possa advir da dita impossibilidade⁶⁴.

Quer isto dizer que, sendo a impossibilidade superveniente não imputável ao devedor, a sua principal consequência é a extinção da obrigação, liberando o obrigado do cumprimento da mesma. Todavia, embora desonere o devedor do dever de prestar, a impossibilidade superveniente já não o liberta de outras consequências, como por ex., do «*commodum*» de representação⁶⁵.

O negócio pode ser válido se a obrigação for assumida para o caso de a prestação se vir a tornar possível, ou se, estando o negócio dependente de condição suspensiva ou de termo inicial, a prestação se tornar possível até à verificação da condição ou ao vencimento do termo (nº2 do art. 401º). Antagonicamente, sendo a impossibilidade superveniente, a validade do negócio não é afetada, quando, sendo o negócio celebrado sob condição ou termo, a prestação for possível na data da conclusão do negócio, mas tornar-se impossível à data da verificação da condição ou do vencimento do termo⁶⁶. Ou seja, o negócio é considerado válido no momento da sua constituição, já que não se verifica nenhuma impossibilidade originária. Contudo, à data da verificação da condição ou do vencimento do termo, a prestação torna-se impossível, levando, conseqüentemente, ao fim do vínculo obrigacional.

⁶¹Ver art. 790º nº2; Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., pp. 96; Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 42.

⁶²A impossibilidade superveniente vem prevista nos arts. 790º e ss. Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 97; Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 1034; Cfr., Menezes Leitão, ob. cit., p. 117.

⁶³Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 89.

⁶⁴Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., pp. 97 e 103.

⁶⁵Regulado no art. 794º do CC; Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 42; Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 168; Cfr. Almeida Costa, ob. cit., pp. 1077; Cfr. Antunes Varela, ob. cit., pp. 66 e 67.

⁶⁶Cfr. Menezes Leitão, ob. cit., p. 118.

Tendo em consideração a natureza da prestação, a impossibilidade pode ser qualificada como objetiva ou subjetiva.

A impossibilidade é considerada objetiva⁶⁷ quando o devedor é impedido de cumprir por razões que não dizem respeito à sua pessoa⁶⁸. O impedimento que leva a esta impossibilidade atua como um obstáculo objetivo e inultrapassável quer pelo devedor, quer por qualquer outra pessoa que o pudesse substituir. Assim, se a impossibilidade concerne a todas as pessoas, visto ninguém poder realizar a prestação, diz-se que é objetiva⁶⁹.

Conforme refere PESSOA JORGE, a impossibilidade deverá ser sempre objetiva quando respeita a uma qualidade do objeto. Este autor alega ainda que se a prestação tiver uma natureza infungível⁷⁰, a impossibilidade a ela associada é também considerada objetiva⁷¹.

A impossibilidade objetiva é, portanto, absoluta dado o impedimento ser inultrapassável mesmo com o recurso a esforços suplementares. Significa isto que nem o devedor, nem qualquer outra pessoa, poderia cumprir ainda que estivessem dispostos a grandes sacrifícios⁷². Segundo ALMEIDA COSTA, apenas a impossibilidade objetiva compromete a obrigação⁷³, já que nem o devedor, nem qualquer pessoa teria a capacidade de cumprir⁷⁴. Também PESSOA JORGE parece suportar esta ideia quando refere que a impossibilidade da prestação provoca a nulidade da obrigação quando é originária⁷⁵ e objetiva, quer física, quer legal⁷⁶.

Consoante o que resulta do disposto no art. 791º do CC⁷⁷, uma impossibilidade superveniente relativa à pessoa do devedor só importa a extinção da obrigação se o mesmo, no cumprimento da referida obrigação, não puder fazer-se substituir por terceiro. Posto isto, tratando-se de prestação infungível, ou seja, de prestação em que, pela sua natureza intrínseca, pela

⁶⁷Art. 790º do CC.

⁶⁸Ex.: o empreiteiro não pode entregar a obra visto ela ter ruído por factos de força maior. Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 168.

⁶⁹Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 168; Cfr. Antunes Varela, ob. cit., pp. 67 e 68; Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 91.

⁷⁰A prestação tem natureza infungível, estando diretamente relacionada à pessoa do devedor, se atender às qualidades ou à situação em particular do devedor. Neste caso, a substituição do mesmo por outrem prejudicaria o credor. Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p., 26.

⁷¹Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., pp. 91 e 92.

⁷²Cfr. Brandão Proença, ob. cit., pp. 168 e 169.

⁷³Contudo, no caso de uma obrigação de garantia, nem mesmo a impossibilidade objetiva exonerará o devedor, já que este assumiu o risco da não verificação do resultado ou efeito pretendido. Deste modo, o credor tem a garantia de que o devedor responderá pela não obtenção do resultado prometido, independentemente de haver culpa do devedor ou de o cumprimento da prestação se ter impossibilitado por caso de força maior. – Cfr. Pinto Monteiro, “Cláusula penal...”, cit., pp. 266 e 267.

⁷⁴Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 698.

⁷⁵Se a prestação for infungível, a impossibilidade originária, ainda que ligada a razões respeitantes à pessoa do devedor, é sempre objetiva e determina a nulidade da obrigação (nº1 e 3 do artigo 401º do CC). Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 96.

⁷⁶Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 95.

⁷⁷Rege a impossibilidade subjetiva.

estipulação das partes ou por disposição da lei, o devedor não possa fazer-se substituir por terceiro, basta a impossibilidade subjetiva para que haja a extinção da obrigação. Se, pelo contrário, a prestação for fungível, só a impossibilidade objetiva constituirá causa extintiva do vínculo obrigacional⁷⁸.

A impossibilidade diz-se, pois, subjetiva quando a prestação não pode ser concretizada pelo devedor, contudo pode sê-lo por outras pessoas mantendo-se o interesse do credor⁷⁹.

A impossibilidade subjetiva deve ser superveniente para que possa ser abrangida na disposição do art. 791º, tal como nos é indicado por PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA. Também não se considera neste artigo senão a impossibilidade absoluta do cumprimento (por ex., doença ou prisão que impossibilite o devedor de realizar a prestação)⁸⁰. A impossibilidade subjetiva superveniente coloca-se, então, quando o obrigado não pode cumprir por circunstâncias pessoais (morte, doença, desastre) ou patrimoniais (poucos recursos financeiros), porém algum terceiro pode⁸¹.

No entanto, nos termos do art. 791º, a impossibilidade subjetiva só pode ser tratada como a impossibilidade objetiva quando a prestação a cumprir tem natureza infungível⁸².

Deste ponto de vista, a distinção entre prestação fungível e prestação infungível torna-se intensamente relevante, uma vez que atende à determinação de situações de impossibilidade subjetiva. Se a prestação é de natureza fungível, a impossibilidade respeitante à pessoa do obrigado não o exonera, visto ele poder fazer-se substituir por terceiro. Diversamente, a impossibilidade subjetiva, no caso de a prestação ter natureza infungível, tem como efeito extinguir a obrigação – ideia suportada pelo art. 791º⁸³.

Desta mesma norma parece resultar a regra de que nas prestações fungíveis o impedimento⁸⁴ do devedor não obstará ao cumprimento podendo ocorrer a sua substituição por outrém, isto é, neste tipo de prestações só a impossibilidade objetiva constituirá causa de extinção da obrigação⁸⁵. Conquanto, este princípio não é suportado por PESSOA JORGE, que lhe dá um

⁷⁸Ac. TRP 31/10/2006, *in* www.dgsi.pt; Cfr. Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 72.

⁷⁹Cfr. Pessoa Jorge, *ob. cit.*, pp. 91; Cfr. Antunes, *ob. cit.*, pp. 67 e 68.

⁸⁰Segundo Pires de Lima e Antunes Varela, havendo impossibilidade relativa, poderá, se for caso disso, aplicar-se o art. 437º e o contrato ser resolvido ou a prestação modificada. Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 44.

⁸¹Cfr. Brandão Proença, *ob. cit.*, pp. 169 e 170.

⁸²Cfr. Brandão Proença, *ob. cit.*, p. 170.

⁸³Cfr. Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 698.

⁸⁴Ex.: Artista de variedades obriga-se a participar num espetáculo em certa data, porém adoece gravemente nesse dia, ficando impossibilitado de cumprir – obrigação extingue-se. Cfr. Antunes Varela, *ob. cit.*, pp. 72 e 72.

⁸⁵Cfr. Brandão Proença, *ob. cit.*, p. 170; Cfr. Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 72.

outro entendimento: a impossibilidade subjetiva só não será exoneratória quando, nos termos da própria obrigação, o devedor estiver vinculado a fazer-se substituir por terceiro⁸⁶.

Por outro lado, a impossibilidade subjetiva não obsta à constituição válida da obrigação, fazendo-se o devedor substituir por terceiro. Contrariamente, não será o mesmo caso na hipótese do devedor prometer um facto a prestar pelo próprio promitente e apenas por ele. Nesta situação a impossibilidade adquire um carácter objetivo e determina a nulidade da obrigação⁸⁷.

Assim, o legislador parece cominar com a nulidade apenas a impossibilidade originária objetiva e a impossibilidade subjetiva relativa a uma prestação infungível⁸⁸.

Há, ainda, quem associe a distinção entre impossibilidade objetiva e impossibilidade subjetiva com a classificação das obrigações em obrigações de meios e obrigações de resultados.⁸⁹

No caso das obrigações de resultado⁹⁰ só a impossibilidade objetiva exonera o devedor, enquanto nas obrigações de meios⁹¹, tanto a impossibilidade objetiva como a subjetiva constituem causa liberatória do obrigado⁹².

Se o devedor garantir certo resultado, em termos de se poder fazer substituir por terceiro no cumprimento da obrigação, só a impossibilidade objetiva extinguirá o vínculo obrigacional. Mas nem a impossibilidade objetiva extinguirá esse vínculo se o devedor se tiver obrigado em termos de responder perante o credor, assumindo o risco da não verificação do resultado esperado, qualquer que seja a sua causa (desde que essa causa não seja imputável ao credor)⁹³. Todavia, a obrigação pode ser só de meios e existirem elementos para assentar que o devedor pode e deve fazer-se substituir por terceiro no cumprimento dela. Quando assim seja, só a impossibilidade objetiva exonerará o devedor do vínculo contraído⁹⁴.

Atualmente, a doutrina diferencia entre uma impossibilidade subjetiva absoluta e uma impossibilidade subjetiva relativa⁹⁵.

⁸⁶Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 512; Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p. 72; Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 170.

⁸⁷Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 628.

⁸⁸Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 169.

⁸⁹Cfr. Antunes Varela, ob. cit. p. 73; Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 44.

⁹⁰Nas obrigações de resultado o devedor compromete-se a conseguir o resultado ambicionado, não apenas a tentar obtê-lo, isto é, o devedor fica adstrito à produção de certo resultado em benefício do credor ou de terceiro. Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 44; Cfr. Antunes Varela, ob. cit., pp. 73 e 74.

⁹¹Nas obrigações de meios o devedor está simplesmente vinculado a empregar certa diligência ou esforço para que o resultado esperado se obtenha e consequentemente se satisfaça o interesse do credor, ou seja, o devedor não fica coadunado à produção de nenhum resultado ou efeito. Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 44; Cfr. Antunes Varela, ob. cit., pp. 73 e 73; Cfr. Pinto Monteiro, “Cláusulas limitativas...”, cit., pp. 84, 85 e 86; Pinto Monteiro, «Cláusula Penal e de Indemnização», Livraria Almedina, Coimbra, 1990, p. 266.

⁹²Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p. 73; Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 44.

⁹³Cfr. Antunes Varela, ob. cit., pp. 73 e 74; Cfr. Pinto Monteiro, “Cláusula penal...”, cit., p. 266.

⁹⁴Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p. 74.

Torna-se, ademais, importante abordar a impossibilidade absoluta e a impossibilidade relativa, de modo a adquirir-se a aptidão de distinguir situações de verdadeira impossibilidade da prestação de situações em que apenas existe um agravamento da prestação.

Assim sendo, a doutrina utiliza frequentemente o termo de impossibilidade absoluta para se referir a uma verdadeira impossibilidade da prestação, ou seja, a situações em que se verifica a ocorrência de um obstáculo que se opõe a que o devedor concretize a prestação devida (o devedor, nem que quisesse, nunca conseguiria cumprir)⁹⁶.

Não obstante, noutras ocasiões pode ser constatado um obstáculo ao cumprimento, contudo ele não é intransponível, o devedor pode cumprir, embora com maior esforço ou sacrifício⁹⁷. Estamos diante de casos de impossibilidade relativa, que representam um agravamento ou maior onerosidade da prestação. Por conseguinte, a impossibilidade relativa não pode ser considerada uma verdadeira impossibilidade, não passando de uma maior dificuldade de prestar⁹⁸.

Tal como a verdadeira impossibilidade, o agravamento pode ser originário (quando a prestação é mais onerosa do que o devedor originalmente previa) ou superveniente (quando resulta das circunstâncias que só se verificam após a constituição da obrigação)⁹⁹.

Na noção de agravamento estão abrangidos o risco de deterioração do objeto da prestação e o risco do desperdício do valor-utilidade ou do rendimento da prestação, ou ainda de desperdício de uma capacidade de prestar vinculada, por efeito do decurso do tempo¹⁰⁰.

Para que a obrigação se extinga não basta que a prestação se tenha tornado intensamente onerosa ou difícil para o devedor. É imprescindível, de acordo com a letra e espírito da lei, que a prestação se tenha tornado verdadeiramente impossível, seja por determinação da lei, por ação humana ou por facto natural. Deste modo, a causa de extinção da obrigação é a impossibilidade absoluta, física ou legal, da prestação e não a impossibilidade relativa¹⁰¹.

⁹⁵Um ex. de impossibilidade subjetiva absoluta é o caso de um pintor que morreu e não mais pode pintar o quadro a que se comprometeu. Um ex. de impossibilidade subjetiva relativa é o mesmo pintor ter sofrido um acidente e, apesar das dores, ainda poder realizar a prestação. Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 170.

⁹⁶Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., pp. 93 e 94.

⁹⁷A impossibilidade de prestar é algo divergente da alteração de circunstâncias, que tornam a prestação excessivamente onerosa. Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., pp. 42; Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., pp. 93 e 93.

⁹⁸Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., pp. 93, 94 e 512.

⁹⁹Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 94.

¹⁰⁰Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 274.

¹⁰¹Cfr., Antunes Varela, ob. cit., p. 68.

Atendendo agora ao tempo que a impossibilidade possa permanecer, esta pode ser definida como definitiva ou temporária. Esta distinção acaba por dizer principalmente respeito ao cumprimento da obrigação e à satisfação do interesse do credor¹⁰².

Chegada a data de vencimento da obrigação, não tendo o devedor cumprido, pode suceder que a prestação ainda seja possível e se mantenha o interesse do credor ou, pelo contrário, que ela já não seja possível ou o credor já não tenha interesse¹⁰³.

Na hipótese de a impossibilidade ser tal que o devedor não consegue mais realizar a prestação ou não pode mais realizá-la a tempo de satisfazer o interesse do credor¹⁰⁴, estamos perante casos de impossibilidade definitiva. Assim sendo, a impossibilidade é definitiva quando deixa de ser possível o seu cumprimento por razões físicas ou quando deixa de interessar ao credor a sua aceitação tardia¹⁰⁵.

Nos contratos unilaterais e bilaterais, a impossibilidade definitiva tem a capacidade de suscitar um duplo efeito quer extintivo da obrigação assumida, quer exoneratório do devedor¹⁰⁶.

Em contrapartida, a impossibilidade é tida como temporária¹⁰⁷ se o obstáculo que se coloca à prestação tiver caráter transitório e se for provável que se passe de modo a que o devedor possa ainda prestar com interesse do credor¹⁰⁸.

Este tipo de impossibilidade, também denominado de retardamento casual, ocorre quando o devedor é impedido de realizar atempadamente a prestação por caso fortuito ou de força maior¹⁰⁹. Por outras palavras, a obrigação atinge a sua data de vencimento, todavia o devedor encontra-se desprovido da possibilidade de a cumprir imediatamente, pois um facto que não é imputável nem a si, nem ao credor, torna temporariamente impossível o cumprimento¹¹⁰.

Assim, a impossibilidade temporária diverge da mora propriamente dita, uma vez que o obstáculo que se opõe ao cumprimento da obrigação não é atribuível a qualquer das partes,

¹⁰²Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 92.

¹⁰³Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 449.

¹⁰⁴A satisfação do interesse do credor é o fim da obrigação. Existem, porém, situações em que a obrigação se extingue sem a satisfação do interesse do credor: quando a prestação se impossibilita por caso de força maior, se o devedor não tiver de suportar os prejuízos decorrentes; quando a obrigação prescreve; quando se dá a confusão das posições de credor e devedor; e quando o credor perdoa o devedor. Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., pp. 106, 109 e 111.

¹⁰⁵Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 92; Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 169; Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 45.

¹⁰⁶Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 169.

¹⁰⁷Ver art. 792º do CC.

¹⁰⁸Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 92.

¹⁰⁹Cfr. Galvão Telles, ob. cit., p. 323; Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 1035.

¹¹⁰Cfr. Galvão Telles, ob. cit., p. 324.

daí que se excluam os seus efeitos gravosos (nº1 do art. 792º). Existe, contudo, um atraso no cumprimento, visto a obrigação não poder ser cumprida no momento previsto¹¹¹.

Nestas situações, o devedor apenas fica exonerado durante o período de tempo que a impossibilidade se mantiver, não incorrendo em mora por não cumprir¹¹².

Existem casos em que o cumprimento da prestação depende de uma aceitação ou colaboração do credor e que a iniciativa do devedor, que pode e quer cumprir, se depara com a falta desta colaboração. Nestas ocasiões deparamo-nos também com uma impossibilidade temporária de cumprimento¹¹³.

GALVÃO TELLES defende a ideia de que da natureza da obrigação ou das circunstâncias pode resultar que a prestação só tem interesse para o credor se for efetuada no vencimento ou, pelo menos, dentro de um certo espaço temporal subsequente à data de vencimento¹¹⁴.

Existem, desse modo, casos em que, não sendo a prestação realizada dentro de certo prazo, seja qual for a razão do não cumprimento, a obrigação se considera definitivamente não cumprida. Estes são os casos de prestações de termo absolutamente fixo ou em que a demora no cumprimento faz desvanecer o interesse do credor¹¹⁵.

Por conseguinte, nestes casos em que seja muito improvável que a impossibilidade venha a cessar ou quando a sua cessação venha a ocorrer quando já não haja interesse do credor, a impossibilidade temporária deve ser equiparada à impossibilidade definitiva¹¹⁶.

Por outras palavras, a impossibilidade só é temporária quando o cumprimento da obrigação for susceptível de mora. Quando existe um termo essencial fixado por lei, estipulado pelas partes ou resultante dos usos ou das circunstâncias concretas do caso, o retardamento da prestação equivale à impossibilidade definitiva, de acordo com o nº2 do art. 792º - atentando a finalidade da obrigação, o credor perde o interesse na prestação¹¹⁷.

Nas prestações de duração temporalizada¹¹⁸, o atraso na realização da prestação, por impossibilidade temporária ou por mora, implica, portanto, uma impossibilidade definitiva. BAPTISTA MACHADO argumenta que nestas situações não chegaria a haver impossibilidade temporária propriamente dita, nem mora¹¹⁹.

¹¹¹Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 1078; Cfr. Galvão Telles, ob. cit., p. 324.

¹¹²Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 45.

¹¹³Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 266.

¹¹⁴Cfr. Galvão Telles, ob. cit., p. 325.

¹¹⁵Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p. 80; Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 1078.

¹¹⁶Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 45.

¹¹⁷Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 45; Cfr. Baptista Machado, ob. cit., pp. 286 e 287; Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 271; Cfr., Antunes Varela, ob. cit., p. 80; Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 1078.

¹¹⁸Nestas prestações o prazo é essencial, logo uma prestação realizada fora do prazo já não seria a prestação devida. Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 266.

¹¹⁹Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 299.

Resumindo, para que possa gerar a extinção da obrigação, a impossibilidade deve ser definitiva. De facto, se se verificar uma situação de impossibilidade temporária, o devedor não responde pelo atraso no cumprimento, mas mantém-se sujeito à realização da prestação. A impossibilidade é, todavia, convertida em impossibilidade definitiva, logo que o credor perca o interesse na realização da prestação¹²⁰.

Por fim, a impossibilidade pode, ainda ser classificada como total ou parcial.

A impossibilidade é total quando concerne a toda prestação ou ao conjunto de prestações cumulativas ou alternativas¹²¹.

Pode, no entanto, verificar-se que a impossibilidade não seja relativa à totalidade da prestação ou do conjunto de prestações cumulativas ou alternativas, mas sim a parte dessa totalidade ou conjunto. Isto equivale ao devedor apenas ter a capacidade de cumprir parte da prestação a que se vinculou, ou seja, traduz-se num cenário de impossibilidade parcial¹²². Um ex. que demonstra uma situação de impossibilidade parcial é o caso de A se ter obrigado a entregar uma coletânea de 12 livros, porém só consegue entregar 6 dos livros, já que o resto pereceu num incêndio, sem culpa sua¹²³.

Neste tipo de situações, determina o nº1 do art. 793º que o devedor se poderá exonerar mediante a prestação do que for possível¹²⁴, à semelhança do regime prescrito para a nulidade ou anulabilidade parcial do negócio jurídico (art. 292º), devendo ser proporcionalmente reduzida a contraprestação¹²⁵ a que a outra parte estiver vinculada, no caso de estar em causa um contrato a título oneroso¹²⁶.

Nestes casos, é norma ser solicitada uma redução da contraprestação, uma vez que, embora a exoneração do devedor seja justificada, seria imerecido que, diminuindo a prestação, permanecesse a contraprestação tal como foi estipulada, se o facto impeditivo da parte da prestação não se integrar na esfera de risco que corre por conta do credor¹²⁷.

¹²⁰Cfr. Leitão Menezes, ob. cit., pp. 119 e 120.

¹²¹Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 169.

¹²²Os casos de impossibilidade parcial não imputável a nenhuma das partes vêm regulados no art. 793º do CC; Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 175; Cfr. Leitão Menezes, ob. cit., p. 120.

¹²³Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 175.

¹²⁴Ex.: B compromete-se a pintar o interior e o exterior da casa de C, porém está a decorrer uma tempestade e B encontra-se impossibilitado de pintar o exterior. Contudo, ele é capaz de pintar o interior.

¹²⁵A redução da contraprestação é realizada nos termos dos arts. 884º e 939º do CC.

¹²⁶Cfr. Leitão Menezes, ob. cit., p. 120; Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 46; Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p. 89; Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 1077 e 1078; Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 175.

¹²⁷Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p. 89.

Existirão ocasiões, contudo, em que o credor não tenha interesse justificado nesse cumprimento parcial, e aí, de acordo com o nº2 do art. 793º, ele poderá resolver¹²⁸ o negócio.¹²⁹

Existem outros casos em que, consoante explana BAPTISTA MACHADO, se a prestação for dotada de natureza continuada e de prazo absolutamente fixo, como se dá nos casos de locação¹³⁰, por ex. a locação de uma casa durante o mês de agosto, o atraso do devedor, por impossibilidade, na cedência do gozo transformar-se-ia prontamente numa impossibilidade definitiva, no mínimo parcial. Desta forma, se o locador só pode, sem culpa sua, entregar a casa no dia 8 de agosto, é evidente que a prestação possível já se encontraria reduzida, e nesta situação estaríamos diante de uma impossibilidade parcial, na qual se aplicaria o art. 793º¹³¹.

Devemos ainda reforçar a ideia de que nem todos os tipos de impossibilidade acarretam a extinção da obrigação a que o devedor se encontra obrigado. Para que a obrigação se extinga é então necessário que a impossibilidade revista as características de uma impossibilidade superveniente, objetiva, absoluta e definitiva¹³². Nos casos em que a impossibilidade seja temporária, subjetiva e parcial, o devedor permanece vinculado à prestação e ao cumprimento da obrigação¹³³.

4.2. Análise dos artigos 790º a 795º do Código Civil e distribuição do risco

E quanto aos casos de contratos de serviços em particular? Como são tratados os casos de impossibilidade e como é distribuído o risco nestas situações?

Como já antes foi referido, as regras de “partilha do risco” em contratos de prestação de serviços vêm previstas nos arts. 790º a 795º do CC.

Assim, na presente secção iremos abordar a problemática da distribuição do risco nestes contratos e como se poderá lidar com ela, baseando-nos nos artigos supracitados.

Iremos, por conseguinte, proceder a uma análise de cada um dos artigos, de modo a que possamos entender como se procede no caso da ocorrência de um evento impeditivo da realização da prestação ou que acarrete um atraso na sua realização, quais as suas

¹²⁸A resolução do negócio é realizada nos termos dos arts. 432º e ss.

¹²⁹Cfr. Brandão Proença, ob. cit., pp. 175 e 176; Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p. 90; Cfr. Leitão Menezes, ob. cit., p. 120; Cfr. Almeida Costa, ob. cit., pp. 1077 e 1078; Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 46.

¹³⁰O regime dos contratos de locação vem previsto nos arts. 1022º e ss do CC.

¹³¹Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 286.

¹³²Ac. do STJ de 10/07/2013, in www.dgsi.pt

¹³³Cfr. Leitão Menezes, ob. cit., p. 120; Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 461.

consequências e o que significa em termos da distribuição do risco no tipo de contratos em questão. Iremos, também, utilizar como exemplificação base os contratos de empreitada.

É de ter em consideração de que estas normas, assim como as regras respeitantes aos efeitos da impossibilidade de prestação dispõem de carácter supletivo¹³⁴, não existindo razões de interesse ou de ordem pública que impeçam os contraentes de fixar conforme as suas vontades o regime de risco a que se vão vincular.¹³⁵

Sendo assim, os arts. 790º e ss, inerentes ao incumprimento não imputável ao devedor, enquadram-se tanto conceitualmente, como sistematicamente na perspetiva da impossibilidade de cumprimento do dever de prestar¹³⁶.

Noutras palavras, significa isto que a impossibilidade de prestação é considerada como a impossibilidade da ação de prestar, ou como a impossibilidade do objeto da prestação em si mesmo, ou, ainda, como o processo de prestar, devido a obstáculos que se contrapõem ao processo de cumprimento que visaria a satisfação do interesse do credor¹³⁷.

Este conjunto de artigos reúne os casos nos quais o devedor fica exonerado do risco da prestação, sendo que tais casos ocorrem quando o evento perturbador do cumprimento não é imputável a nenhuma das partes ou é imputável ao credor¹³⁸.

Da impossibilidade de cumprimento mencionada podem resultar prejuízos e há que saber quem os terá de suportar¹³⁹. É precisamente este ponto que a teoria da “partilha do risco”¹⁴⁰ visa determinar e o que nós iremos explorar adiante.

Começaremos, então, pela análise do art. 790º.

No nº1 do art. 790º é disposto que a obrigação se extingue quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor.

Assim, sempre que a impossibilidade da prestação for superveniente e objetiva, o vínculo obrigacional extingue-se, perdendo o credor o direito¹⁴¹ de exigir a prestação e o direito à

¹³⁴Ac. do STJ de 17/11/2015, in www.dgsi.pt, referente a cláusulas contratuais num contrato de locação. Cfr., porém, a alínea f) do art. 21.º do DL 446/85 de 25 de Outubro; DL 249/99 de 7 de Julho.

¹³⁵Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p. 89.

¹³⁶Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 284; Cfr. Almeida Costa, ob. cit., pp. 1034 e 1074.

¹³⁷Cfr. Baptista Machado, ob. cit., pp. 262, 263 e 283.

¹³⁸Cfr. A.C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 166.

¹³⁹Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 450.

¹⁴⁰A teoria da “partilha do risco”, em suma, significa que o credor não pode reclamar indemnização e o devedor igualmente não pode reclamar indemnização, reembolso das despesas ou ajustamento no preço, no caso de retardamento casual. – Cfr. A. C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 174.

¹⁴¹“A impossibilidade de uma das prestações não é apenas causa de extinção do direito do credor (790º), mas antes causa de extinção de todo o contrato, acarretando a caducidade deste, sendo distribuído o risco por ambas as partes através da extinção recíproca das suas obrigações.” – Cfr. Menezes Leitão, ob. cit., pp. 122 e 123; O risco da perda de um direito, de acordo com a lei portuguesa, é suportado pelo respetivo titular- “*Res suo domino perit*”. – Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 610.

indenização de danos que possam advir do não cumprimento¹⁴². Tal facto é também relevante nos contratos de empreitada, para os quais a 1ª parte do art. 1227º declara que se a execução da obra se tornar impossível por causa não imputável a qualquer das partes, é aplicável o disposto no art. 790º. Contudo, diz-nos a 2ª parte¹⁴³ do artigo que tendo havido começo de execução, o dono da obra é obrigado a indemnizar o empreiteiro do trabalho executado e das despesas realizadas.

Reforçando a ideia expressa no parágrafo anterior, A. C. GUEDES declara igualmente que “o construtor fica exonerado das suas obrigações se se verificar uma impossibilidade de execução da obra por causa não imputável a qualquer das partes (790º aplicável por via do 1227º, 1ª parte – e perde o direito ao preço estabelecido), tendo, neste caso, direito a ser indemnizado do trabalho já executado e respetivas despesas (1227º, 2ª parte)”.¹⁴⁴

Portanto, o risco da impossibilidade superveniente pertence geralmente ao credor, ficando o devedor exonerado se a prestação se impossibilitar por causa que não lhe seja imputável¹⁴⁵. Todavia, o devedor ficar desonerado da obrigação, ou seja, do dever de prestar, é distinto de ele próprio cumprir a obrigação – não se pode alegar que o devedor tenha cumprido¹⁴⁶.

Já o nº2 do art. 790º reforça igualmente a ideia da impossibilidade superveniente, ao referir que quando o negócio do qual a obrigação procede houver sido feito sob condição ou termo, e a prestação for possível na data da conclusão do negócio, mas se tornar impossível antes da verificação da condição ou do vencimento do termo, é a impossibilidade considerada superveniente e não afeta a validade do negócio¹⁴⁷.

Como já previamente tivemos a oportunidade de verificar, a impossibilidade da prestação é algo diferente da alteração de circunstâncias, que torna a prestação excessivamente onerosa ou difícil (“*difficultas praestandi*” e “*difficultas agendi*”). Deste modo, não havendo impossibilidade, a obrigação não se extingue, mas pode o devedor obter a resolução do contrato ou a modificação dele, de acordo com juízos de equidade, casos se verifiquem os requisitos exigidos pelo art. 437º¹⁴⁸.

¹⁴²Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p. 81.

¹⁴³Esta 2ª parte do art. citado apenas se aplicará no caso de impossibilidade definitiva da execução da obra. – Cfr. A. C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 184.

¹⁴⁴Guedes, Agostinho Cardoso, «A Responsabilidade do Construtor no Contrato de Empreitada», in “Contratos: atualidade e evolução”, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997, p. 323.

¹⁴⁵Cfr. Menezes Leitão, ob. cit., pp. 225, 241 e 242.

¹⁴⁶Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p. 9.

¹⁴⁷Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 42; Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 1076.

¹⁴⁸Existe ainda a opção de se substituir a restauração natural pela indemnização pecuniária sempre que o interesse do credor não justifique a excessiva onerosidade da prestação para o devedor (nº1 do art. 566º). - Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 1075; Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 42.

Seguindo os ditames da boa-fé, previstos no nº2 do art. 762º, 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. Porém, com exceção dos limites referidos, sendo a dificuldade devida a circunstâncias fortuitas ou de força maior, o devedor terá de suportar inteiramente o custo agravado da prestação, mesmo que a prestação se torne acentuadamente onerosa e que ele tenha utilizado toda a diligência possível para prevenir essas circunstâncias.¹⁴⁹.

Assim sendo, podemos concluir que apenas a impossibilidade absoluta libera o devedor da obrigação, e não a mera impossibilidade relativa, isto é, sendo a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva acontece a extinção da obrigação, ficando o devedor exonerado e suportando o credor o risco, através da perda do seu direito de crédito¹⁵⁰, pelo que deixa de poder exigir do devedor a prestação¹⁵¹.

No caso de contratos adstritos a um certo fim, ou seja, nos casos em que a prestação é de fim infungível, o devedor aceita vincular-se a uma prestação criada em função de um objetivo único e determinado. Nestes casos, ambas as partes compartilham entre si o risco de o plano negocial se frustrar, por causas que não são imputáveis a qualquer delas. Desta forma, o devedor abdica do proveito do negócio e o credor deverá indemnizá-lo do trabalho e dispêndio já investidos nos preparativos da prestação (art. 1227º)¹⁵².

Nos casos em questão, a frustração não se dá na prestação mas sim no fim a que ela estava adstrita. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA declaram que estes se tratam “de casos de falta de circunstâncias que constituem a base do negócio, previstos e regulados no nº2 do artigo 252º.”¹⁵³

Relativamente ao art. 791º, esta norma enuncia que a impossibilidade relativa à pessoa do devedor importa igualmente a extinção da obrigação, se o devedor, no cumprimento desta, não puder fazer-se substituir por terceiro. Esta impossibilidade relativa à pessoa do devedor denomina-se de impossibilidade subjetiva e implica a exoneração do devedor no caso de a prestação ser infungível.¹⁵⁴.

¹⁴⁹Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 1075; Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p. 71.

¹⁵⁰“Direito de crédito consiste no poder do credor de exigir que o devedor desenvolva certa atividade no seu interesse.” – Cfr. Pessoa Jorge, ob. cit., p. 98.

¹⁵¹Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 43; Cfr. Menezes Leitão, ob. cit., pp. 117 a 120.

¹⁵²Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 43; Cfr. Baptista Machado, ob. cit., pp. 268, 269 e 306.

¹⁵³Ex.: aluguer de uma janela para assistir a um cortejo. Se o cortejo não se realiza, a prestação a que o dono da janela estava adstrito era e continua a ser possível, em si mesma considerada. Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 43.

¹⁵⁴Cfr. A. C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 167; Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 44; Cfr. Menezes Leitão, ob. cit., p. 118; Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 1076.

Deste modo, podemos verificar que existem duas alternativas possíveis: ou o devedor tem a possibilidade de se fazer substituir por terceiro no cumprimento da obrigação e esta mantém-se, apesar da impossibilidade respeitante à pessoa do devedor, ou então o devedor não pode fazer-se substituir por terceiro e a obrigação extingue-se¹⁵⁵.

Então, se a obrigação é de natureza infungível, o credor retém apenas o direito de exigir uma indemnização dos danos resultantes do incumprimento. Pelo contrário, sendo a obrigação de natureza fungível, o credor tem possibilidade de requerer, em execução, que a prestação seja prestada por outrem às custas do devedor¹⁵⁶.

Em relação ao caso concreto da empreitada, no caso de prestações fungíveis, se a prestação se tornar mais difícil, o empreiteiro não fica exonerado das suas obrigações. Poderá, porém, ter direito à resolução do contrato ou à sua modificação mas apenas se estiverem preenchidos os pressupostos do art. 437.^{o157}.

Também, no art. 791^o, somente se considera a impossibilidade absoluta do cumprimento. Havendo impossibilidade relativa poderá aplicar-se o art. 437^o, tal como foi acima referido, de modo a resolver o contrato ou a modificar a prestação a que o devedor se encontra sujeito¹⁵⁸.

Focar-nos-emos agora no art. 792^o.

Este artigo respeita ao regime de impossibilidade temporária em caso da ocorrência de um evento de força maior. Assim sendo, podemos afirmar que o risco de atraso no cumprimento da prestação se encontra enquadrado neste artigo e que a impossibilidade que nele está presente não é imputável ao devedor, por força do n^o1 do art. 790^{o159}.

O n^o1 do art. 792^o refere que se a impossibilidade for temporária, o devedor não responde pela mora no cumprimento. Significa isto que, à partida, a impossibilidade temporária não provoca a extinção da obrigação, nem faz o devedor incorrer em mora. O cumprimento é apenas adiado para um momento posterior ao que se havia inicialmente fixado no contrato, sem consequências moratórias para o devedor¹⁶⁰.

Enquanto a impossibilidade temporária perdurar, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes do retardamento da prestação¹⁶¹, isto é, o devedor fica exonerado apenas enquanto

¹⁵⁵Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 44.

¹⁵⁶Arts. 45^o n^o2 e 933^o e ss do CPC; Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 698.

¹⁵⁷Cfr. A. C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., pp. 167 e 168.

¹⁵⁸Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 44.

¹⁵⁹Cfr. A. C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 165.

¹⁶⁰Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 45; Cfr. Galvão Telles, ob. cit., pp. 318, 326 e 327; Um ex. de impossibilidade temporária é o caso de a greve, que impediu a entrega da mercadoria na data estipulada, findar ao cabo de poucos dias. - Cfr. Antunes Varela, ob. cit., pp. 64 e 79.

¹⁶¹“Pode e deve dizer-se que não há mora propriamente dita, nem do devedor, nem do credor, não ficando pois nenhum deles sujeitos às consequências desvantajosas que a lei associa à mora respetiva.” – Cfr. Galvão Telles, ob. cit., p. 326.

a impossibilidade se mantiver. Porém, logo que o impedimento desaparecer fica de novo obrigado a realizar a prestação¹⁶².

O que se pode retirar desta norma é que cada contraente terá de suportar os seus próprios custos. Apesar de a norma em causa apenas explanar que o devedor não é responsável pelo atraso no cumprimento, não tendo por isso de indemnizar o credor pelos danos que este sofra ou venha a sofrer no decorrer do impedimento, também nada explicita quanto a um eventual direito do devedor a ser reembolsado pelos prejuízos¹⁶³ resultantes do retardamento¹⁶⁴.

Passando agora à análise do nº2 do art. 792º, este declara que a impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor. Podemos assumir que, em qualquer outro caso, a impossibilidade considerar-se-á definitiva e que esta norma se refere tanto aos casos em que a obrigação é insuscetível de atraso, como aos casos em que, embora suscetível de retardamento, este atingiu uma dimensão tal que o credor já não tem interesse no cumprimento¹⁶⁵.

Desta forma, a impossibilidade apenas é considerada temporária quando o cumprimento ainda for possível. Tornando-se a impossibilidade definitiva, há extinção do dever de prestar, por força dos arts. 790º nº1 e 1227º¹⁶⁶.

Existem casos em que é fixado, por lei, pelas partes ou pelos usos ou das circunstâncias concretas do caso, um termo essencial. Nestes casos em concreto, a impossibilidade é logo definitiva, uma vez, que existindo termo essencial, o credor perde de imediato o interesse no cumprimento tardio da prestação, tornando a impossibilidade definitiva¹⁶⁷.

A estipulação de um prazo absolutamente fixo ou de um termo essencial serve, normalmente, para distanciar todo o risco do credor, na hipótese, de por qualquer motivo, a prestação não ser realizada dentro do prazo fixado. Por outro lado, uma obrigação de prazo absolutamente fixo sujeita o devedor ao risco de já não poder prestar com efeitos de cumprimento, se uma impossibilidade temporária o impedir de prestar dentro do prazo. Destes casos podemos aperceber-nos de que a impossibilidade temporária implica para o devedor todo o risco de uma impossibilidade superveniente¹⁶⁸.

¹⁶²Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 1078; Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 45.

¹⁶³Perdas de rendimento, imobilização de recursos, aumento do custo de materiais ou de outros recursos e qualquer outra despesa em que o devedor tenha incorrido. Cfr. A. C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., pp. 173 e 174.

¹⁶⁴Cfr. A. C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., pp. 173 e 174.

¹⁶⁵Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 45; Cfr. A. C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 171.

¹⁶⁶Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 45; Cfr. A. C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 174; Cfr. Galvão Telles, ob. cit., p. 328; Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p. 80.

¹⁶⁷Ex.: automóvel que se chama para determinado serviço mas ele não chega a tempo de prestar. - Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 45; Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 171.

¹⁶⁸Cfr. Baptista Machado, ob. cit., pp. 268, 269 e 273.

O art. 792º pode isentar o devedor de responsabilidade pela mora, contudo não o isenta de certos riscos inerentes à impossibilidade temporária, designadamente o da perda/desperdício ou diminuição do valor-utilidade da prestação¹⁶⁹.

Nalgumas prestações o valor-utilidade ou a integridade são afetadas pelo decurso do tempo, sendo que nestas a impossibilidade temporária acarreta o correspondente prejuízo para o devedor¹⁷⁰. Neste tipo de prestações deve ser aplicado o art. 1228º, que dita que se, por causa não imputável a qualquer das partes, a coisa perecer ou se deteriorar, o risco corre por conta do devedor¹⁷¹.

Se, no decurso de uma impossibilidade temporária, surgir uma impossibilidade de cumprimento por frustração do fim da prestação¹⁷² ou por realização por outra via, o credor está obrigado a indemnizar o devedor do trabalho e dispêndios investidos nos preparativos da prestação, nos termos do art. 1227º. “Parece-nos que, verificando-se simultaneamente a hipótese do 792º2 e a do 1227º, em regra, o regime deste último prevalece sobre o disposto no 795º1”. Assim refere BAPTISTA MACHADO¹⁷³.

Aplicando o art. 792º ao caso dos contratos de empreitada temos que: no caso de um evento de força maior provocar uma impossibilidade temporária, o construtor não será responsável pelo atraso causado pelo evento, tendo de lhe ser concedida uma extensão de tempo para a realização da prestação. Ser-lhe-á também atribuído o direito a uma suspensão do prazo contratual, mas não o direito a uma revisão do preço, pelo tempo que essa impossibilidade durar¹⁷⁴.

Cada lado terá de suportar os seus custos adicionais, incluindo, por parte do construtor, o custo adicional para realizar as suas obrigações. O dono da obra terá o direito de terminar o contrato se o atraso levar a um não cumprimento essencial da prestação. Se a prestação for considerada impossível de cumprir, ambas as partes ficam libertas dela¹⁷⁵.

¹⁶⁹Cfr. Baptista Machado, ob. cit., pp. 285 e 286.

¹⁷⁰Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 288.

¹⁷¹No caso da empreitada de bens imóveis, o risco de perda ou deterioração da obra corre por conta do dono da obra. Sendo o dono da obra o proprietário do terreno, independentemente de quem forneça os materiais, de acordo com o nº2 do art. 1212º, a propriedade desses materiais será adquirido pelo dono da obra à medida que forem incorporados na construção. Logo o risco previsto no art. 1228º corre por conta de quem for o proprietário do terreno. – Cfr. A. C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 181.

¹⁷²O nº2 do art. 792º refere-se a esta frustração do fim da prestação, posterior ao atraso causado pela impossibilidade. - Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 45.

¹⁷³Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 269.

¹⁷⁴Cfr. A.C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 163; Cfr. A. C. Guedes, “A responsabilidade...”, cit., p. 324.

¹⁷⁵Cfr. A.C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 163.

Verificando-se impossibilidade definitiva de execução da obra, acontece a extinção do dever de prestar (arts. 790º nº1 e 1227º)¹⁷⁶.

O construtor não ficará exonerado das suas obrigações, nem terá direito a prolongamento do prazo contratual quando certo facto, ainda que não lhe seja imputável, torne mais onerosa ou mais difícil a execução da obra. Neste caso, se provar ter havido uma modificação anormal das circunstâncias em que as partes contrataram, não coberta pelos riscos próprios do contrato, que afete gravemente os princípios da boa-fé, aplicar-se-á o art. 437º¹⁷⁷.

Podemos concluir que os arts. 790º, 792º, 1227º e 1228º são inerentes a eventos não imputáveis a nenhuma das partes, pelo que, segundo as regras de responsabilidade civil, nenhuma delas está obrigada a ressarcir os danos sofridos pela outra. Deste modo, intervêm aqui critérios legais de repartição de prejuízos – “partilha do risco” – e não regras de responsabilidade¹⁷⁸.

Passemos então ao art. 793º.

Diz o seu nº1 que se prestação se tornar parcialmente impossível, o devedor exonera-se mediante a prestação do que for possível, devendo, neste caso, ser proporcionalmente reduzida a contraprestação a que a outra parte estiver vinculada. Isto significa que o devedor exonera-se parcialmente da parte da prestação que não é possível (desde que a impossibilidade seja definitiva), nos termos dos arts. 790º, 791º e 792º2, e que o risco do preço, da contraprestação ou compensação corre afinal por conta do devedor desonerado da prestação, por impossibilidade desta¹⁷⁹.

A redução da contraprestação, como já antes pudemos averiguar, deve ser realizada nos termos do art. 884º por força do art. 939º. Assim sendo, a redução deverá ser levada a cabo por avaliação da prestação parcialmente realizada, se outro critério não resultar do contrato. A este propósito: “Isto significa que o valor de referência a considerar não é necessariamente o valor do trabalho realizado e dos materiais incorporados na obra mas o valor objetivo da obra realizada, o qual poderá ser inferior à soma do trabalho e materiais incorporados” – A. C. GUEDES¹⁸⁰.

Já o nº2 do art. 793º prevê que o credor que não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação pode resolver o negócio¹⁸¹.

¹⁷⁶Cfr. A.C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 174.

¹⁷⁷Cfr. A. C. Guedes, “A responsabilidade...”, cit., p. 324.

¹⁷⁸Cfr. A. C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 166.

¹⁷⁹Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 46; Cfr. Pinto Monteiro, “Cláusulas limitativas...”, cit., p. 104.

¹⁸⁰Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 46; Cfr. A. C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., p. 175.

¹⁸¹Cfr. Almeida Costa, ob. cit., pp. 1078 e 1079.

No caso particular da empreitada, em casos em que o trabalho foi apenas parcial, o cliente tem o direito a esse trabalho e a reduzir o preço conforme o mesmo. No caso de o cliente não estar interessado no trabalho parcial, pode resolver o negócio, todavia o empreiteiro tem direito a uma indemnização do trabalho executado e das despesas realizadas, de acordo com a segunda parte do art. 1227^o¹⁸².

PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA defendem também que “paralelamente ao caso geral previsto e regulado neste artigo é também a hipótese do artigo 1050^o, em que se admite a resolução do contrato de locação, a requerimento do locatário e independentemente da culpa do locador, por turbação do gozo do locatário ou por vício do defeito da coisa locada.”¹⁸³

Já o art. 794^o refere-se ao «*commodum*» de representação e indica que se, por virtude do facto que tornou impossível a prestação, o devedor adquirir algum direito sobre certa coisa, ou contra terceiro, em substituição do objeto da prestação, pode o credor exigir a prestação dessa coisa, ou substituir-se ao devedor na titularidade do direito que este tiver adquirido contra terceiro.

Por conseguinte, esta norma pretende corrigir o enriquecimento do devedor que obtém, através do facto que torna impossível a prestação, tanto a extinção da sua obrigação, como um outro benefício, determinando-se a atribuição desse benefício ao credor¹⁸⁴.

De modo a aclarar este artigo, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA referem que “Suponhamos que a prestação devida consistia em entregar um automóvel e o automóvel se perde num incêndio. Há um responsável pelo incêndio, ou um segurador, e o dono do automóvel tem direito a uma indemnização ou ao valor da coisa segurada. O credor pode substituir-se ao devedor, de harmonia com a solução prevista pelo artigo 794^o, na titularidade desse direito, notificando o terceiro para o efeito de efetuar a prestação a ele, e não ao devedor. E o mesmo regime será aplicável, se a impossibilidade de entrega da coisa, por ex., resultar de expropriação por utilidade pública ou por requisição. Também nesse caso o direito do credor se pode transferir para o preço da expropriação ou da requisição, devido ao dono da obra.”¹⁸⁵

¹⁸²Cfr. A. C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., pp. 163 e 174.

¹⁸³Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 46.

¹⁸⁴Cfr. Menezes Leitão, ob. cit., p. 120.

¹⁸⁵Ex.: “Se o devedor se compromete a entregar ao credor os frutos da sua propriedade e estes perecem, fica exonerado da sua obrigação. Se, porém, vier a receber o seguro da colheita ou um subsídio para compensar a sua perda, deve atribuí-los ao credor, uma vez que foi este que suportou o prejuízo da perda do seu crédito, enquanto o devedor não sofre prejuízos, já que ficou exonerado da sua obrigação.” – Cfr. Menezes Leitão, ob. cit., p. 120; Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 47 e 48.

É de referir que a transferência do direito do credor, do objeto da prestação devida para aquilo que o devedor recebe devido ao facto que tornou impossível a prestação, não se opera de imediato, por força da lei. Esta transferência é resultante da opção feita pelo credor, a quem a lei confere um direito de escolha. Se o credor optar pela sub-rogação da prestação, ele continuará vinculado à sua contraprestação¹⁸⁶.

É, portanto, normal que o credor opte pelo «*commodum*» de representação sempre que o direito que o devedor adquirir devido à impossibilidade for de valor igual ou superior ao da prestação por ele efetuada ou prometida. A sub-rogação não pode ser, contudo, considerada como a indemnização do credor.¹⁸⁷

Alguns autores portugueses, todavia, criticam a norma presente neste artigo: consideram-na inaplicável hoje em dia, tendo em conta os novos regimes legais que atribuem eficácia real aos contratos. Estes autores defendem que as coisas, transferindo-se por simples efeito do contrato¹⁸⁸, passam a pertencer ao credor, e por isso deve ser ele diretamente o titular da indemnização, sem haver necessidade de sub-rogação¹⁸⁹.

Não obstante, esta norma continua a ser aplicável principalmente em casos de venda com reserva de propriedade¹⁹⁰ e nos casos em que a transferência de domínio não se verifica no momento do contrato ou em que a prestação se torna impossível¹⁹¹.

BRANDÃO PROENÇA refere que, estando na presença de “contratos com obrigações interdependentes, quer esses contratos sejam obrigacionais, quer tenham também eficácia real, instantânea ou diferida, o regime de impossibilidade de cumprimento é mais complexo na medida em que, para lá da extinção da obrigação do devedor ou do pedido, feito pelo credor, do «*commodum*» de representação, há que repartir por ambos os contraentes o risco da impossibilidade superveniente de cumprimento, ou seja, há que determinar se o credor, apesar da impossibilidade, continua ou não adstrito à satisfação da contraprestação.”¹⁹²

Assim, estando-se perante um contrato bilateral ou sinalagmático deve ser aplicado o art. 795^o¹⁹³.

Diz-nos o n.º1 do art. 795^o que quando num contrato bilateral uma das prestações se torne impossível, fica o credor desobrigado da contraprestação e tem o direito, se já tiver a

¹⁸⁶Cfr. Antunes Varela, ob. cit., pp. 84 e 85; Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 47; Cfr. Menezes Leitão, ob. cit., p. 123.

¹⁸⁷Cfr. Antunes Varela, ob. cit., pp. 113.

¹⁸⁸Ver art. 408^o.

¹⁸⁹Cfr., Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., pp. 47 e 48.

¹⁹⁰Ver art. 409^o.

¹⁹¹Ver art. 408^o; Cfr., Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 48; Cfr. Antunes Varela, ob. cit., pp. 82 e 83.

¹⁹²Cfr. Brandão Proença, ob. cit., pp. 180 e 181.

¹⁹³Neste sentido, ver ac. do TRP de 29/10/2012, in www.dgsi.pt

realizado, de exigir a sua restituição nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa¹⁹⁴.

Deste modo, podemos atentar que o princípio implícito no nº1 do art. 795º é o de o credor ficar desobrigado da sua contraprestação, no caso de a prestação do devedor se tornar impossível por qualquer razão que não seja imputável a nenhuma das partes, assistindo-lhe, ainda, o direito de reaver o que já havia prestado, de acordo com as regras de enriquecimento sem causa¹⁹⁵.

Quer isto dizer que tendo o devedor ficado desonerado por impossibilidade da prestação que não lhe é imputável, mas não tendo chegado efetivamente a cumprir, perde o direito à contraprestação, uma vez que a prestação é corresponsiva da contraprestação¹⁹⁶.

Todavia, a extinção do direito do devedor à contraprestação não se verificará se a impossibilidade de prestação determinar o surgimento do «*commodum*» de representação e o credor pretender¹⁹⁷ exercer esse seu direito¹⁹⁸.

Caso o credor venha a optar por exercer esse direito, terá também de manter a sua contraprestação, uma vez que esta opção é incompatível com a extinção da contraprestação¹⁹⁹. Assim, os direitos conferidos art. 795º1 não afetam os direitos resultantes do art. 794º, visto este poder ser aplicado tanto a contratos unilaterais, como a contratos bilaterais. O que não pode acontecer é o credor cumular os dois direitos, ou seja, tanto o direito ao «*commodum*» de representação, como o direito à desoneração não podem ser aplicados simultaneamente, embora o credor possa reduzir a sua contraprestação na medida em que a vantagem por ele subsidiariamente adquirida não equivalha à prestação devida. Por ex., referem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA que “se o credor se substituir ao devedor na titularidade do direito à indemnização pela perda da coisa que devia ser prestada, não pode considerar-se desobrigado da contraprestação, ou, pelo menos, da parte da contraprestação correspondente à indemnização.”²⁰⁰

¹⁹⁴Ver arts. 473º e ss.

¹⁹⁵Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 49; Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 1077; Cfr. Leitão Menezes, ob. cit. p. 122; Ac. do TRP de 29/10/2012, in www.dgsi.pt; Ac. do STJ de 01/10/2015, in www.dgsi.pt

¹⁹⁶Cfr. Antunes Varela, ob. cit., pp. 9, 83 e 84.

¹⁹⁷O credor não é obrigado a exercer este direito. Ele pode optar entre a exoneração da sua obrigação e o exercício do «*commodum*» de representação, mantendo a sua vinculação à contraprestação. – Cfr. Leitão Menezes, ob. cit., p. 123.

¹⁹⁸Cfr. Leitão Menezes, ob. cit., p. 123; Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 183; Cfr. Antunes Varela, ob. cit., pp. 84 e 85.

¹⁹⁹Cfr. Menezes Leitão, ob. cit. p. 268.

²⁰⁰Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., pp. 48 e 49; Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p. 85.

Desta forma, o nº1 do art. 795º pretende repartir o risco da impossibilidade de cumprimento de forma igualitária, uma vez que embora o credor perca o direito à prestação, o devedor perde também o direito à contraprestação, arcando ainda com as despesas que, porventura, haja realizado²⁰¹.

Por sua vez, o nº2 do art. 795º indica que se a prestação se tornar impossível por causa imputável ao credor, não fica este desobrigado da contraprestação; mas, se o devedor tiver algum benefício com a exoneração, será o valor do benefício descontado na contraprestação.

Podemos aferir que apesar de o credor não ficar liberto da contraprestação, é descontado nela o valor do benefício que o devedor, eventualmente, tenha adquirido com a respetiva exoneração²⁰².

Uma outra averiguação que desta norma podemos retirar é que esta se refere aos casos em que a situação de impossibilidade se deve a uma conduta voluntária do credor²⁰³, ou seja, estamos perante situações de impossibilidade imputáveis ao credor²⁰⁴.

Um ex., dado por PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, que ilustra as situações previstas no nº2 do art. 795º é o de o devedor ser obrigado a entregar um automóvel a troco de uma contraprestação, tendo, porém, o automóvel ficando inutilizado por causa imputável ao credor. Neste caso, o credor fica obrigado à contraprestação, mas pode deduzir a importância que o devedor vier a receber do seguro ou o valor dos salvados que a este pertençam²⁰⁵.

Relativamente ao caso da empreitada, construtor ficará definitivamente exonerado caso seja verificada uma impossibilidade de execução da obra imputável ao dono da obra²⁰⁶, mantendo por inteiro o direito à sua retribuição, nos termos do nº2 do art. 795º, com desconto de algum benefício que tenha obtido com essa exoneração²⁰⁷.

²⁰¹Cfr. Brandão Proença, ob. cit., p. 183.

²⁰²Cfr. Almeida Costa, ob. cit., p. 1077; Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 49.

²⁰³Por ex., mora do credor. Neste caso não deve incidir mais sobre o devedor o risco de prestação. Cfr., Pessoa Jorge, ob. cit., p. 623; Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 311.

²⁰⁴Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 280; Cfr. Antunes Varela, ob. cit., p. 84; Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 49; Cfr. Menezes Leitão, ob. cit., p. 123; Ac. do TRP de 29/10/2012, in www.dgsi.pt

²⁰⁵Os mesmos autores referem ainda que o devedor pode fazer economias com o não cumprimento, dando como ex.: “Se A aluga um automóvel para uma viagem, por certo preço, e, por culpa sua, não pode ser cumprida a obrigação pelo locador, ao preço fixado para o aluguel, que ele terá de pagar, há que deduzir a economia feita pelo locador com gasolina, pneus, etc. A contraprestação deve, portanto, ficar reduzida ao lucro que o locador teria, ou, nem mesmo aos lucros, se se provar que ele pôde alugar a outro o automóvel e auferir precisamente os mesmos lucros que teria se o primeiro contrato tivesse sido executado.” - Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 49.

²⁰⁶Por ex., verificando-se mora do dono da obra em relação à aceitação da mesma, existe a partir daí o risco de perecimento da obra a correr por conta do dono da obra, ainda que corresse por conta do devedor, e uma atenuação da responsabilidade do construtor que, uma vez verificada a mora, só responde por defeitos a ela posteriores em caso de dolo. – Cfr. A. C. Guedes, “A partilha do risco...”, cit., pp. 320 e 327.

²⁰⁷Cfr. A. C. Guedes, “A responsabilidade...”, cit., p. 321.

É ainda de notar que ANTUNES VARELA insinua a existência de impossibilidade por facto imputável ao credor, mas que não é culpa sua. É o que sucede na maioria dos casos de frustração do fim da prestação ou consecução, por outra via, do fim da prestação. Estas situações, porém, já não são abrangidas pelo nº2 do art. 795º²⁰⁸.

Podemos verificar que, a par do art. 815º, o nº2 do art. 795º é umas das duas únicas disposições no Título das Obrigações em Geral que se ocupam do “risco da contraprestação”²⁰⁹.

O verdadeiro fundamento desta norma é, portanto, a distribuição do risco segundo um critério objetivo, não envolvendo nenhuma sanção ou responsabilidade do credor, e reforçar que, nos contratos bilaterais, a parte que não está sujeita ao risco tem os mesmos direitos que lhe pertenceriam se não tivesse havido caso fortuito ou de força maior²¹⁰.

Por fim, BAPTISTA MACHADO defende que o art. 795º apenas contempla diretamente nas suas hipóteses o caso da impossibilidade de prestar. Contudo, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA não parecem concordar com esta ideia, referindo que “no caso de impossibilidade definitiva, resultante da simples perda de interesse do credor, previsto no nº2 do art. 792º, em que a prestação em si mesma considerada continua a ser possível, nenhuma razão há, de acordo com o espírito do art. 795º, para recusar ao credor os direitos que este preceito lhe confere.”²¹¹

²⁰⁸Cfr. Antunes Varela, ob. cit., pp. 75, 76 e 85.

²⁰⁹Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 278.

²¹⁰Cfr. Baptista Machado, ob. cit., p. 280; Cfr. Galvão Telles, ob. cit., p. 319.

²¹¹Cfr. Baptista Machado, ob. cit., pp. 271 e 280; Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p. 49.

5. Conclusão

Com esta dissertação podemos averiguar que todas as normas referentes à distribuição do risco são supletivas, podendo os contraentes redigi-las conforme as suas vontades.

Deste modo, podemos verificar que o tema da distribuição do risco não é algo objetivo, revestindo-se de diferentes possibilidades e modos de agir, mercê da supletividade de que são dotadas estas normas.

Assim sendo, podemos encontrar no CC uma diversidade de artigos pelos quais nos podemos guiar no que diz respeito à definição de “risco” e à sua distribuição, sendo os mais relevantes os arts. 790º a 795º, inclusive, referentes à impossibilidade de cumprimento e demora não imputáveis ao devedor.

Das normas supracitadas podemos retirar que a impossibilidade absoluta, objetiva, total e definitiva é causa de extinção da obrigação a que as partes estão vinculadas, acarretando a caducidade do contrato, e sendo o risco distribuído por ambas as partes através da extinção recíproca das suas obrigações.

Nestes casos a lei portuguesa assume o lema “*res suo domino perit*”, ou seja, cada parte é responsável por suportar os seus próprios prejuízos, não podendo reclamar indemnização à contraparte.

No entanto, relativamente à empreitada, a lei civil contém a norma 1227º que atribui ao empreiteiro o direito de ser reembolsado pelo trabalho executado e dos materiais incorporados sempre que tenha havido começo de execução da empreitada.

Quando a impossibilidade é meramente relativa, subjetiva, temporária ou parcial, o credor mantém-se vinculado à sua contraprestação e o devedor continua vinculado à sua prestação, tendo de suportar todos os prejuízos e encargos extra que possam advir do impedimento. No caso de impossibilidade temporária, é-lhe, contudo, reconhecido o direito a uma prorrogação do prazo contratual e não responde pelo atraso.

O CC atribui, ainda, ao credor o direito de se desvincular do contrato sempre que o seu interesse na prestação justificadamente desvaneça.

Concluindo, esperamos que este trabalho tenha oferecido alguma elucidação sobre este tema imprescindível e que se tenha tornado num contributo para esta área jurídica dos contratos em geral.

6. Bibliografia

- Acórdão do STJ de 10/07/2013, *in* [www. dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Acórdão do STJ de 01/10/2015, *in* [www. dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Acórdão do STJ de 17/11/2015, *in* [www. dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Acórdão do TRP de 26/02/2004, *in* [www. dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Acórdão do TRP de 31/10/2006, *in* [www. dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).
- Acórdão do TRP de 29/10/2012, *in* [www. dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Costa, Mário Júlio de Almeida, «Direito das Obrigações», 12^a ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- Baptista Machado, «Risco Contratual e Mora do Credor», *in* *Obra Dispersa*, Braga, 1991.
- Bar, Christian von, Clive, Eric, Schulte-Nölke, Hans, Study Group on a European Civil Code & Research Group on the Existing EC Private Law. (2009). “*Principles, definitions and model rules of European private law: Draft common frame of reference (DCFR)*”, München: Sellier, European Law Publishers.
- DL 446/85 de 25 de Outubro.
- DL 249/99 de 7 de Julho.
- Guedes, Agostinho Cardoso, «A Responsabilidade do Construtor no Contrato de Empreitada», *in* “Contratos: Atualidade e Evolução”, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997.
- Guedes, Agostinho Cardoso, «A partilha de risco nos contratos de construção de imóveis no Código Civil e no DCFR», *in* *Um direito europeu das obrigações? A influência do DCFR*, Porto, 2015.
- Jorge, Fernando Pessoa, «Direito das Obrigações», Lisboa, 1976.
- Leitão, Luís Manuel Telles de Menezes, «Direito das Obrigações (Contratos em Especial)», vol. II, 11^a ed., Almedina, 2017.
- Lima, Fernando Andrade Pires de/ e Varela, João de Matos Antunes, «Código Civil Anotado», vol. II, 4^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- Monteiro, António Joaquim de Matos Pinto, «Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade», Coimbra, 1985.
- Monteiro, António Joaquim de Matos Pinto, «Cláusula Penal e de Indemnização», Livraria Almedina, Coimbra, 1990.

- Monteiro, João António Pinto, «Esforços e Sacrifícios Exigíveis no Cumprimento Contratual», Tese de Doutoramento em Direito (policopiada), Coimbra, 2015.
- Portaria 1318/95 de 7/11.
- Proença, José Carlos Brandão, «Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações». 1ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- Silva, João Calvão da, «Responsabilidade Civil do Produtor», Almedina, Coimbra, 1990.
- Telles, Inocêncio Galvão, «Direito das Obrigações», 7ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- Varela, João de Matos Antunes, «Das Obrigações em Geral», vol. II, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 1997.