

ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS, RISCO E ABUSO DO DIREITO, A PROPÓSITO DE UM CRÉDITO DE TORNAS

PARECER DO
EX.^{MO} PROFESSOR DOUTOR GUILHERME
FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA

SUMÁRIO:

- I — A sentença homologatória do acordo das partes, nomeadamente em partilhas, tem uma natureza mais própria do negócio jurídico em que se funda do que de acto judicativo típico.
- II — Quando, passados 10 anos, os credores de tornas exigem o seu pagamento aos herdeiros que ficaram com bens da herança situados em Angola e os perderam depois da independência deste País contrariam regras elementares da boa fé e fazem exercício abusivo do seu direito.
- III — O art. 796.º do C. Civil, embora estabeleça um regime de «riscos próprios do contrato» de transferência de domínio, não afasta necessariamente o regime do art. 437.º ou do art. 334.º do C. Civil.
- IV — O art. 796.º impõe ao adquirente o «risco da contraprestação» para compensar a diminuição patrimonial que o transmitente já sofreu. Esta diminuição prévia não ocorre na adjudicação em acordo de partilhas, pelo que não se justifica a aplicação do art. 796.º do C. Civil.



A. F. F. O.

Nos embargos deduzidos por M. C. e A. F. contra a execução para pagamento de quantia certa que lhes moveram L. S. e A. S., fui chamado a dar o meu parecer.

Conhecendo os factos tal como vêm relatados nos autos, e abstendo-me de os reproduzir, a minha opinião será apresentada em resposta à seguinte pergunta:

— Os executados por dívida de tornas devem ser coagidos a cumprir, neste caso?

1. O direito dos credores de tornas assenta num acordo válido, homologado por sentença e, em situação normal, o seu exercício não suscitaria qualquer dúvida. Isto é, não se discute a legalidade formal da pretensão do exequente; mas a legitimidade substancial dela é mais do que discutível nas circunstâncias concretas no caso.

2. O acordo de partilhas, celebrado em Dezembro de 1973, estabeleceu que os executados receberiam todos os bens, pagando tornas aos exequentes. O pagamento havia de ser feito em Luanda, no prazo de um ano a contar do trânsito em julgado da sentença homologatória das partilhas: até 17 de Janeiro de 1975.

Porém, o cumprimento forçado da obrigação de pagar tornas estabelece, neste caso, um *desequilíbrio grosseiro, injusto e surpreendente*, entre os herdeiros. Sem discutir a validade formal da dívida, pode dizer-se que é sobretudo injusto forçar os devedores ao cumprimento.

3. Na verdade, durante o prazo assinado para o cumprimento da obrigação — durante o ano de 1974, *grosso modo* — a vida política, social e económica das ex-colónias portuguesas transformou-se radicalmente. A queda do regime de Marcelo Caetano, na metrópole, traduziu-se rapidamente, em Angola, na paralisação das actividades militares do exército português, na ascensão política dos chamados «movimentos de libertação», na desorganização da economia quer pela alteração das operações financeiras quer pela perda de confiança na propriedade privada.

Este clima de insegurança afectou globalmente a vida de Angola até um ponto em que se pode dizer que nada ficou como era, naquele território. A expressão mais clara dessas alterações terá sido, para os portugueses residentes na Europa, o movimento dos «retornados»: vários contingentes chegaram à Metrópole logo no ano de 1974.

Os bens de raiz perderam o seu valor de troca e se, em 1974, ainda se faziam algumas transacções, eram apenas em favor dos que procuravam comprar por preço simbólico na esperança de que o clima político se estabilizasse de um modo favorável aos seus interesses: assim se fez em 1962, no início das actividades de guerrilha, e os compradores dessa época fizeram grandes fortunas com a valorização subsequente.

4. Foi por ter uma consciência clara de que os titulares dos direitos não tinham a real disposição dos bens que o legislador de 1977 admitiu a suspensão da liquidação ou do pagamento do imposto sucessório (D. L. n.º 75-H/77, de 28 de Fevereiro). O preâmbulo desse Decreto-Lei considerou que uma medida como essa era «justa» nas circunstâncias consideradas.

Por sua vez, o caso presente mereceu ficar abrangido por aquele regime de excepção — no art. 27.º da petição de embargos identifica-se o processo e a decisão respectiva.

É claro que, em direito estrito, o Estado só tinha de liquidar o imposto sucessório e exigir o respectivo pagamento. Porém, o legislador teve a noção de que o imposto supõe um enriquecimento efectivo, supõe a disponibilidade prática e económica dos bens, supõe que se guarda uma vantagem. Ora, em circunstâncias excepcionais, como as que se verificaram no caso presente, seria injusto cobrar o imposto.

Em suma, a perturbação prática e económica foi tão grave que levou o próprio Fisco a condoer-se do cidadão!

5. A primeira conclusão parcial é esta: os co-herdeiros a quem foram adjudicados os bens da herança — quase todos situados em Angola — perderam os imóveis. Adquiriram a propriedade sobre eles, é certo, no momento em que transitou em julgado a sentença homologatória das partilhas; mas passados alguns meses e durante o ano em que haviam de cumprir o débito de tornas, perderam o domínio de facto, a fruição, o valor de troca dos prédios, até virem a perder o domínio jurídico com a nacionalização da propriedade em 1975. É neste quadro real — notório e dramático — em que o país viveu e em que os executados foram actores anónimos que surge a exigência do cumprimento da obrigação de tornas acordada em 1973, na conferência de interessados na partilha.

Cerca de dez anos passados sobre o incumprimento da obrigação, os credores exibem um título válido e instauram a execução para pagamento de quantia certa.

6. O cumprimento da dívida de tornas depois da perda dos bens adjudicados *desequilibra grosseiramente o acordo dos interessados*.

O acordo dos interessados é o modo e o resultado do exercício da vontade dos co-herdeiros, que têm na sua mão o poder de distribuir as vantagens da herança segundo a proporção das suas quotas, isto é, segundo a regra da igualação proporcional (*).

É a vontade de todos os herdeiros que dá a cada um tanto quanto este deve receber; e cada um recebe tanto quanto cada um dos outros recebe, com uma quota igual. Trata-se de um acordo e de uma distribuição profundamente sinalagmática; de um negócio no qual cada um recebe porque e na medida em que cada um dos outros recebe.

É por esta razão que se torna chocante o *desequilíbrio* entre os intervenientes ainda antes do cumprimento total. O *desequilíbrio grosseiro* das prestações frustra a intenção primeira do acordo.

O sinalagma próprio do acordo de partilhas sobressai justamente no caso em que há lugar ao pagamento de tornas. De facto, as tornas são a contraprestação de uma vantagem excessiva, *devem-se porque se recebeu mais do que a quota permitia*. É esta a sua justificação. Pode assemelhar-se este nexos causal àquele que liga a compra de uma coisa à dívida do preço, isto é, pode dizer-se que uma adjudicação hereditária e a dívida de tornas que ela suscita constituem os termos de um sinalagma idêntico ao nexos exemplar da compra e venda.

Em rigor, porém, pode dizer-se que o sinalagma presente na noção de tornas é mais forte do que o vínculo de reciprocidade que une a coisa vendida ao seu preço: é mais forte no sentido em que está mais nitidamente reconhecido e protegido pelo direito. De facto, enquanto o vulgar credor do preço, na compra e venda, ficará protegido só com a garantia patrimonial geral do cumprimento (a não ser que acorde em garantias especiais) o credor de tornas goza de hipoteca legal sobre os bens adjudicados ao devedor (art. 705.º, al. e) do Código Civil) e de outras garantias, quanto a bens móveis, estabelecidas nos artigos 1378.º e 1384.º do Código de Processo Civil.

Estas garantias especiais impostas por lei reflectem a ligação íntima entre a adjudicação de bens e as tornas que se devem *por causa* dela. O credor de tornas poderia ficar na posição do credor do preço — com a mera ga-

(*) Paolo Forchelli — *Divisione*, Bologna, Zanichelli 1970, pp. 490-1.

rantia geral. Porém, a lei considerou que o crédito de tornas nasce da adjudicação excessiva e que seria impróprio, iníquo que o devedor de tornas pudesse furtar os bens adjudicados à garantia preferencial do crédito respectivo.

É certo que este vínculo de reciprocidade foi respeitado no acordo de interessados: os co-herdeiros assumiram a dívida de tornas porque adquiriram a propriedade de todos os bens de raiz. Mas também é certo que este nexo de reciprocidade foi radicalmente destruído agora, pois que os proprietários perderam quase tudo e estão a ser forçados a pagar tudo.

Dir-se-á também que este desequilíbrio pode acontecer ao comprador da coisa que perece por causa fortuita e continua obrigado a pagar o preço. Voltarei largamente a este ponto. Saliento agora, apenas, que se o sinalagma da dívida de tornas é mais forte, mais protegido, do que o sinalagma da compra e venda, então no primeiro caso a quebra da reciprocidade é mais chocante, mais injusta.

7. O ênfase que venho pondo no acordo de partilha, na frustração da vontade das partes, no desequilíbrio do resultado querido pelos co-herdeiros pode ser censurado de um modo simplista: basta afirmar que estamos em face da mera execução de uma sentença, que o acordo das vontades ficou tecnicamente consumido pela decisão judicial e que não tem sentido falar mais dele.

Creio, porém, que a resposta está dada não só pela lei processual mas também pela doutrina.

Os artigos 301.^o e 815.^o do Código de Processo Civil mostram bem que a sentença homologatória de acordos das partes tem uma natureza mais próxima do negócio jurídico em que se funda do que do acto judicativo típico: na verdade, os citados artigos proclamam a relevância de todos os fundamentos de nulidade ou de anulação do negócio jurídico sobre o qual recaiu a sentença homologatória.

Também a doutrina reconhece o «carácter substancialmente extrajudicial» das sentenças meramente homologatórias. Anselmo de Castro (2) é bem claro a este respeito, e se a lei processual não se refere expressamente à sentença homologatória de partilhas fá-lo este autor sem hesitação, afirmando que as regras assentes para as sentenças que são referidas devem aplicar-se também a «outros casos» entre os quais se encontra «a adjudicação de bens ou créditos em partilhas» onde «a intervenção do tribunal é aqui também substancialmente homologatória da vontade das partes (3).»

Também João Lopes Cardoso (4) considera a sentença mera «chancela do que se deliberou», «mais [...] uma homologação das partilhas do que [...] acto final de julgamento delas.»

8. O desequilíbrio, além de grosseiro e injusto, é surpreendente.

As partilhas foram feitas no domínio da lei anterior à Reforma de 1977 e, portanto, era pacificamente reconhecido que os filhos legítimos tinham direito a uma quota igual ao dobro da quota dos filhos ilegítimos.

No caso, os filhos legítimos ficaram com todos os bens de raiz, enquanto os filhos ilegítimos ficaram credores de tornas.

Em face da perda de quase todos os imóveis que compunham a quota dos filhos nascidos do casamento, a satisfação do crédito de tornas viria a produzir a seguinte consequência: se não contarmos com uma pequena porção de bens imóveis que se encontravam na metrópole, os filhos que viriam a beneficiar com a herança seriam os filhos ilegítimos. O que contraria manifestamente o espírito da lei que regeu o acordo de partilhas.

9. O desequilíbrio provocado pela alteração das cir-

cunstâncias em Angola e pela exigência do pagamento tornas é injusto também por outra razão, que a seguir expõe.

O prazo assinado para o cumprimento da dívida de tornas terminava em 17 de Janeiro de 1975. Durante esse prazo, os devedores sentiram as maiores dificuldades para administrar os bens herdados, como resulta das suas alegações, do que agora fica escrito e do que foi público notório, na época. Pode dizer-se que, durante esse prazo perderam de facto os bens adjudicados que justificavam a dívida de tornas.

Por tudo isto, não pagaram o débito.

Em face disto os exequentes intentaram a acção executiva em Junho de 1985. Ou seja, recorreram às vias judiciais dez anos depois de a dívida estar vencida.

É claro que, salvos os casos em que a lei estabelece um prazo mais curto, o prazo de prescrição é de vinte anos. É evidente, também, que o caso presente não nenhum daqueles em que a lei estabelece um termo especial. Portanto, em princípio, os exequentes estariam e condições de exigir o cumprimento.

Todavia, em circunstâncias concretas e muito especiais, a doutrina tem sublinhado que o decurso de um prazo relativamente longo, sem exercício do direito, pode provocar no devedor o sentimento justificado de que a prestação não será exigida (5).

A perda de quase todos os bens da herança foi notória para todos os herdeiros; pode bem admitir-se que o executados deram a perda por irremediável — tal como Estado suspendeu *sine die* a liquidação do imposto sucessório; e tudo isto pode ter criado nos devedores de tornas a convicção de que o débito perdera o sentido e o seu cumprimento não viria a ser exigido.

É mais do que razoável pensar que, no ânimo dos herdeiros dos bens de raiz, a convicção era a de que a herança se perdera de vez e que se perdera para todos. A perda de quase todos os valores que tinham sido objecto de distribuição negocial afectou o acordo globalmente desaparecendo a razão, a causa, do cumprimento da dívida de tornas.

Durante dez anos os credores de tornas corroboraram esta convicção: desde 1975 até 1985 não exigiram judicialmente o pagamento.

A boa-fé negocial justificou a sua inércia e cimentou a ideia de que os titulares do crédito se tinham conformado com a frustração do acordo de partilhas de 1973.

Nestas condições, quando os exequentes exigem o pagamento, em 1985, surpreendem os co-herdeiros. Eles sabem qual fora a causa que justificara o crédito; sabem que os adjudicatários dos bens de raiz não chegaram a ter um domínio real sobre eles e logo perderam o domínio jurídico; e todavia fazem *renascer uma pretensão às tornas que pareciam ter abandonado* — como se esperava — quando não houve, nem há, um verdadeiro enriquecimento dos co-herdeiros a quem foram adjudicados formalmente os bens.

Esta pretensão contraria regras elementares de boa-fé.

10. Ponderadas todas as condições referidas, julgo

(2) *A acção executiva singular, comum e especial*, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1977, p. 30.

(3) *Ob. cit.*, p. 32. A mesma ideia aparece, com todo o vigor, na p. 277, nota 1: «[...] a sentença de partilha, litulo também de carácter misto de sentença e negócio, por assente em última análise na vontade das partes, e como tal impugnável por vícios da vontade [...]».

(4) *Partilhas Judiciais*, II, Coimbra, Almedina, 1980, p. 495.

(5) Menezes Cordeiro — *Da boa-fé no direito civil*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1964, p. 797-836.

que o exercício do direito pelos exequentes é ilegítimo porque excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé.

A grave alteração das circunstâncias que ocorreu logo a seguir ao acordo de partilhas, a perda de todos os bens da herança que se encontravam em Angola, a frustração do acordo de distribuição dos bens, a iniquidade de uma dívida de tornas que perdeu a sua causa económico-jurídica, a pretensão executiva apresentada dez anos depois do vencimento quando sempre fora nítido que a herança se perdera e todos sabiam disso — tudo isto mostra que a pretensão dos exequentes deve ser considerada como um exercício abusivo do direito de crédito (6).

Sendo assim, o titular do direito deve ser «tratado como se de todo em todo lhe faltasse o mesmo direito (7)»; o que se faria dando provimento aos embargos de execução (8) com o fundamento técnico mencionado no fim deste trabalho.

11. Analisarei, de seguida, uma objecção de natureza substancial que se podia enunciar deste modo: o caso em apreço exemplifica apenas as hipóteses em que o adquirente de bens deve suportar o *risco* do seu perecimento. Tratar-se-ia simplesmente da aplicação do art. 796.º do Código Civil e, por conseguinte, os adjudicatários dos imóveis devem pagar as tornas devidas aos exequentes tal como o comprador deve sempre pagar o preço, embora tenha perecido a coisa comprada.

Não faria sentido, neste momento, discutir a regra antiga segundo a qual o risco corre por conta do adquirente. Mas é necessário ponderar se esta regra *vale em qualquer caso*, mesmo quando a situação de facto é *excepcional*, e ainda se aquela regra vale para todos os negócios que importem transferência do domínio sobre uma coisa, mesmo quando se trate de uma partilha.

12. A primeira das questões enunciadas — a de saber se a regra de que o risco corre por conta do dono nunca cede, mesmo quando as circunstâncias de facto são excepcionais (9) — é resolvida na doutrina nacional maioritária no sentido afirmativo. Na verdade Vasco Xavier (10), Mota Pinto (11), Almeida Costa (12) e Menezes Cordeiro (13) afirmam que o regime do risco (art. 796.º do C. C.) afasta o regime da alteração das circunstâncias (art. 437.º do C. C.) sempre que se trata de um negócio que implique transferência do domínio sobre uma coisa, embora razões de equidade e de boa-fé justifiquem a correcção de um desequilíbrio grosseiro. Seria esta uma imposição da ressalva contida no próprio texto do art. 437.º: «...e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato».

Gostaria de fazer algumas observações sobre esta questão utilizando dois trabalhos recentes, e de sentido oposto, respectivamente de Antunes Varela com a colaboração de Henrique Mesquita (14) e de Vasco Xavier com voto de concordância de Mota Pinto (15).

Antunes Varela defendeu a ideia de que o regime do art. 796.º é compatível com a norma sobre a alteração das circunstâncias. Em casos vulgares, quando se tratar de um risco previsível, com o qual as partes podiam contar de acordo com as regras da experiência, não haverá motivo que justifique a aplicação de um regime excepcional e, portanto, valerá a regra pura e simples do art. 796.º; pelo contrário, quando se tratar de um risco anormal, a regra do art. 437.º poderá ser chamada a cumprir a sua função — a de «reconduzir a uma situação de equilíbrio e de justiça comutativa as relações contratuais gravemente afectadas por acontecimentos anómalos.» Esta doutrina é acompanhada de exemplificação que poderá resumir-se assim: um incêndio motivado por curto-circuito e a doença

sobrevinda a um animal que se comprou a crédito são riscos normais, «daqueles riscos próprios do contrato» a que alude o art. 437.º; pelo contrário, um incêndio de um pinhal situado numa zona húmida e verdejante, especialmente dotada de meios de prevenção de fogos, é um evento anormal, um risco excepcional que pode justificar a intervenção do regime sobre alteração das circunstâncias e fundamentar a resolução do contrato ou a sua modificação em termos equitativos.

Vasco Xavier, no estudo citado, defendeu a opinião de que o regime do art. 796.º *consome* o regime do art. 437.º quando se tratar de negócios que importem a transferência de domínio e ainda que seja óbvia a ocorrência de uma alteração das circunstâncias. O legislador teria optado por «um regime de certeza», «obedecendo ao compreensível propósito de conferir ao tráfico respeitante ao direito de propriedade [...] a necessária estabilidade...» Quando o texto do art. 437.º ressalva «os riscos próprios do contrato» quer justamente excluir da sua alçada os contratos translativos de domínio que têm «um regime de risco específico»: o do art. 796.º. O autor acrescenta ainda que a distinção entre risco normal e risco anormal utilizado por Antunes Varela lhe parece arbitrária já que, para o comprador, o perecimento da coisa adquirida é sempre um evento anormal, qualquer que seja a causa; o comprador fecha o contrato sempre na expectativa de guardar o objecto do negócio, pelo que a sua perda nunca se inclui dentro daquele risco que as partes costumam tomar em consideração ao concluir negócios que importem transferência de domínio.

Com a devida vénia, não estou convencido das razões invocadas por Vasco Xavier e da interpretação que a doutrina dominante faz do art. 437.º. Não me parece que os riscos devam ser considerados todos iguais só porque o dano, para o adquirente, é sempre anormal. E creio que o art. 437.º merece a interpretação mais consentânea com as intenções com que ele foi introduzido no sistema jurídico português.

Já em 1959, a propósito de assuntos bem diferentes, é certo, Teixeira Ribeiro escrevia que há uns riscos mais arriscados do que outros (16).

(6) Como quer que se entenda o abuso do direito. Quer a limitação normativa do exercício abusivo resulte da intenção normativa do próprio direito (Castanheira Neves), quer se encontre fora dele na consciência ético-jurídica da comunidade (Manuel de Andrade), quer resulte antes dos limites do poder auto-determinação individual que o direito subjectivo serve (Orlando de Carvalho), quer ainda se justifique pela ideia de distinção jurídica e de falta de integração sistemática (Menezes Cordeiro) — seja qual for a construção jurídica que se adopta julgo que o instrumento técnico do art. 334.º do Código Civil deve aplicar-se, neste caso.

(7) Manuel de Andrade — Teoria Geral das Obrigações, 3.ª ed., 1966, p. 64.

(8) Sem prejuízo de, em acção normal, os interessados pedirem a modificação do negócio de partilha, para que se procedesse à distribuição dos poucos bens que escaparam à nacionalização decretada pela República Popular de Angola; designadamente os poucos bens que se encontravam na Metrópole.

(9) A questão é discutida acerca do art. 437.º mas poderia ser tratada de modo análogo em face da aplicação do art. 334.º. Perguntar-se-ia então se a exigência do pagamento do preço constituiria exercício ilegítimo do direito de crédito do vendedor ou se, pelo contrário, o regime normal do risco importaria sempre o pagamento.

(10) *Infra*, nota 15.

(11) *Infra*, nota 15.

(12) *Direito das Obrigações*, 4.ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1964, p. 232/3. Veja-se, porém, o último parágrafo da p. 233.

(13) *Da boa-fé...* II, p. 1092 e segs.

(14) *Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias*, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano VII, tomo 2, 1982, p. 7-17.

(15) *Alterações das circunstâncias e risco (Arts. 437.º e 796.º do Código Civil)*, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano VIII, tomo 5, 1983, p. 17-23.

O risco de incêndio é um risco conhecido, isto é, já aconteceu com uma frequência enorme e calculada, segundo cada uma das suas causas típicas — faísca, curto-circuito, etc.. Tal como o risco de morrer está contabilizado segundo as idades e as causas naturais ou acidentais mais vulgares. É a frequência dos danos e das várias causas eficientes que permite calcular as probabilidades de um evento prejudicial acontecer, ou seja, que permite calcular o grau de risco.

É sobre esta distinção objectiva entre os riscos que assenta a organização do seguro. Há riscos baixos e há riscos altos; e há riscos «de tal modo arriscados» que não há companhia de seguros que os assuma, quer porque a probabilidade de o evento acontecer se aproxima da certeza, quer porque o volume dos danos é incalculável, quer ainda porque o dano e a respectiva causa não acontecem com o mínimo de frequência para que se possa determinar a probabilidade de o dano se verificar, isto é, para que se possa determinar o grau de risco⁽¹⁷⁾.

É certo que, para o adquirente concreto, a perda da coisa comprada é sempre um evento anormal — ninguém compra à espera de ver o bem perder-se logo a seguir. Mas este sentimento diz respeito ao dano e não ao risco: o que se pode dizer, em rigor, é que o dano é anormal para cada comprador; o risco desse dano ocorrer é normal ou anormal, maior ou menor, e está presente em cada caso, e em qualquer caso, porque é um risco objectivo.

Quando se diz que a percentagem de risco de a coisa se perder é de 0,30, isto significa que foi possível observar uma sequência de casos e tirar a conclusão de que, numa série tendente para infinito, em trinta casos de cada cem verifica-se o dano. Nesta hipótese o risco foi calculado, é elevado e normal, e será suportado por todos os adquirentes em circunstâncias idênticas; embora o dano seja excepcional em cada caso — subjectivamente, e até objectivamente porque a percentagem elevada de 0,30 só tem sentido e só se concretiza numa sequência infinita de casos⁽¹⁸⁾.

Exemplificando com uma hipótese diferente: se o risco de uma coisa se perder por certa causa for de 0,01, o risco que cada adquirente corre é sempre muito baixo — sempre anormal — e o dano efectivo, em cada caso concreto, também excepcional⁽¹⁹⁾.

Por último, há casos em que não se pode saber sequer qual é o risco que o adquirente corre de ver a coisa adquirida perder-se por certa causa. Serão os casos excepcionais entre os anormais, em que a causa e o dano não se verificaram ainda com a frequência necessária para se conhecer a probabilidade de o evento acontecer⁽²⁰⁾.

Em suma, se podemos afirmar, com Vasco Xavier, que a perda da coisa, o dano individual, é sempre imprevisível e anormal, julgo que também é verdade que o risco que se corre, em cada caso, é variável: há riscos normais e riscos anormais, isto é, há riscos vulgares a que os contraentes são sensíveis ou que são cogoscíveis para eles e há riscos anormais. Tanto assim é que há riscos que se podem transferir para as companhias seguradoras e riscos que não se podem transferir porque as empresas seguradoras não os dominam. Não os dominam no sentido de que se trata de riscos sem uma história longa que permita contabilizá-los e absorvê-los no tráfego jurídico. No fundo, passe o atrevimento, há *riscos próprios do tráfego jurídico e riscos que estão fora do tráfego jurídico*. Assim, num caso vulgar, o adquirente pode sempre transferir para uma empresa seguradora o risco do perecimento por incêndio casual da coisa comprada; mas não pode segurar o risco de que o Estado lhe confisque o bem.

Salvo erro, estas observações permitem acompanhar Antunes Varela e concluir que os riscos de perecimento da coisa não são iguais do ponto de vista do acaso natural, do ponto de vista do ânimo dos contraentes e do ponto de vista do tráfego jurídico. Há *riscos normais e riscos anormais*.

13. É necessário agora analisar o regime do art. 437.º, no ponto em que ressalva os «riscos próprios do contrato» para ver como ele se concilia com o art. 796.º.

Vasco Xavier⁽²¹⁾ entendeu que os dois preceitos se harmonizam preferindo o regime específico do risco do art. 796.º nos contratos que importem transferência de domínio sobre uma coisa. Assim poderá ser, acertando-se, como fez o autor, o interesse da certeza jurídica nos negócios sobre a propriedade e os direitos reais em geral.

Não creio, porém, que seja forçosa uma aplicação estrita do art. 796.º, que afaste o mecanismo de correcção previsto no art. 437.º. As normas como esta pretenderam justamente disputar um pouco do terreno que até então esteve reservado para o direito estrito e a certeza. As normas que protegem a boa-fé, que prevêm o abuso do direito e a alteração das circunstâncias têm a intenção de relativizar preceitos que até há pouco tempo (ou até hoje se acatavam como absolutos. Por vezes não é forçoso respeitar a palavra dada⁽²²⁾, excepcionalmente não é nulo um negócio em que não se observou a forma prescrita⁽²³⁾, pode atribuir-se um direito subjectivo que se funda em regras gerais de equidade e boa-fé⁽²⁴⁾, pode impor-se a redução de um negócio contra a vontade hipotética das partes⁽²⁵⁾, pode modificar-se um negócio porque as condições fundamentais da contratação se desequilibraram profundamente⁽²⁶⁾, etc..

É claro que todas estas novidades sacrificaram a certeza jurídica em favor da equidade e da boa-fé. Sendo assim, por que razão o velho regime do risco, do art. 796.º há-de permanecer incólume mesmo nas hipóteses mais chocantes de distorção negocial?

Posso aceitar facilmente que a ressalva do n.º 1, parte final, do art. 437.º justifique a aplicação preferencial do art. 796.º entendido como o regime específico do risco nos contratos de transferência de domínio. Mas creio que esta remissão merece uma *interpretação conforme com a intenção normativa do próprio regime da alteração das circunstâncias*. Assim, «riscos próprios do contrato» de

⁽¹⁶⁾ Economia Política, Coimbra, 1959, p. 202. Acerca do risco de ganhar ou de perder do empresário: «... este risco de ganhar ou de perder é de tal modo arriscado que escapa a qualquer lei de grandes números [...]. Não há, pois, nenhuma companhia de seguros que o assuma.»

⁽¹⁷⁾ Cfr. VAUGHAN e ELLIOT — *Fundamentals of Risk and Insurance*, 2.ª ed., Santa Bárbara, Wiley and Sons, 1978, p. 2-27.

⁽¹⁸⁾ O incêndio do Chiado constituiu um dano anormal que concretizou um risco normal.

⁽¹⁹⁾ A perda da soberania sobre uma terra fronteiriça provocaria um dano anormal e concretizaria um risco excepcional, nem sequer calculado.

⁽²⁰⁾ Será o caso, p. ex., do incêndio motivado por levantamentos populares que, p. ex., em França, só foi incluído nos seguros em 1983; ou o caso da morte induzida pela permanência no espaço, ou ainda o dos acidentes de trânsito motivados por deficiência da propulsão por energia eléctrica ou solar.

⁽²¹⁾ É a doutrina dominante. Refiro-me em especial àquele autor porque resolvi organizar a minha opinião tendo como referências os trabalhos citados de Antunes Varela e de Vasco Xavier.

⁽²²⁾ O regime do abuso de direito pode liberar um devedor.

⁽²³⁾ Mota Pinto — *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., p. 437 e segs.

⁽²⁴⁾ Cfr. o Ac. do S. T. J., de 26 de Março de 1980 e a anotação de Antunes Varela, na R. L. J., 114.ª pp. 35-41 e 72-79.

⁽²⁵⁾ Mota Pinto, ob. cit., p. 627 e segs.

⁽²⁶⁾ Refiro-me abreviadamente ao regime do art. 437.º.

transferência de domínio seriam, por exemplo, os riscos de diminuição do valor económico da coisa vendida, ou o da perda da coisa adquirida. Porém, daqui não se segue forçosamente que o adquirente suporte toda e qualquer perda da coisa, seja qual for a causa e sejam quais forem as condições do desequilíbrio contratual! Pode aceitar-se que o adquirente sofra a concretização dos riscos normais do contrato, suporte os riscos previsíveis, os que se podem segurar, os riscos que têm relevância no tráfego; e pode também aceitar-se que há riscos excepcionais que não são «próprios do contrato», de nenhum contrato, porque são estranhos ao tráfego jurídico, intransmissíveis por seguro, riscos de tal modo insólitos e «arriscados» que o sujeito merece uma atenção particular do sistema jurídico em vez de cair sob o domínio cego do velho regime previsto no art. 796.^o

O espírito de um sistema que contém referências nítidas à boa-fé, ao abuso do direito, à alteração das circunstâncias, impõe que se adopte a interpretação mais conforme com a sua intenção. Sendo assim, o art. 437.^o é consumido, em princípio, pelo regime do risco do art. 796.^o; mas, em casos excepcionais, o problema deve regressar ao domínio do art. 437.^o para se corrigir o resultado estrito que o outro preceito provocaria.

14. Se concluo pela possibilidade de aplicar o art. 437.^o mesmo quando se trata de um contrato de transferência de domínio, pelas mesmas razões de princípio aceito que o regime do risco não paralise a norma do abuso do direito (art. 334.^o). Na verdade, a discussão travada acerca da alteração das circunstâncias podia imaginar-se acerca do abuso do direito⁽²⁷⁾ e a pergunta seria se a exigência do pagamento do preço constituiria exercício ilegítimo do direito de crédito do vendedor. A resposta, por sua vez, podia ser a de que a lei atribui expressamente ao comprador o risco do perecimento da coisa pelo que a exigência do preço nunca seria ilegítima.

Pela minha parte, com os fundamentos expostos e as devidas adaptações, creio que o devedor poderá invocar abuso do direito de crédito do preço sempre que pudesse invocar o regime excepcional da alteração anormal das circunstâncias.

No caso concreto que me ocupa, julgo que os devedores de tornas não devem suportar o risco excepcional que correram e que os credores exequentes estão a exercer ilegítimamente o seu direito. O regime do abuso do direito deve aplicar-se em favor dos embargantes.

15. A segunda questão enunciada no ponto n.º 11 é independente desta que acabei de tratar. A questão é a de saber se, com ou sem abuso do direito, com ou sem violação da boa-fé, com ou sem alteração anormal das circunstâncias, o regime do art. 796.^o é aplicável ao negócio de partilha.

Aparentemente não há obstáculo à aplicação do art. 796.^o, neste caso. De facto, a partilha é o negócio jurídico em que se funda a adjudicação dos bens distribuídos e, portanto, é o negócio que causa a transferência do domínio que pertenceu ao antecessor e é recebido pelo herdeiro⁽²⁸⁾. Além disto, a partilha é vulgarmente aceite como um negócio oneroso⁽²⁹⁾; cada herdeiro dá porque recebe⁽³⁰⁾. Deste modo, sendo um negócio real quanto aos efeitos que produz e sendo um negócio oneroso, pode dizer-se que se lhe aplicam todas as regras que valem para estas categorias de negócios e, portanto, também o regime específico do risco estabelecido no art. 796.^o.

Julgo que esta conclusão é discutível.

A solução clássica da atribuição do risco da perda da coisa justifica-se habitualmente com o argumento de que os prejuízos devem ser suportados pelo titular que colhe

as vantagens — o dono⁽³¹⁾. E o titular do direito real é o transmitente, antes da perfeição do negócio translativo; e o adquirente, depois celebração do acordo.

No caso presente o risco seria suportado pelos adjudicatários dos bens nacionalizados pelo Estado angolano, isto é, eles continuariam obrigados a pagar as tornas que representavam o excesso do valor dos bens a que eles teriam direito e que são, digamos, o preço da adjudicação excessiva de bens.

Note-se, porém, que a razão do preceito não está apenas na circunstância conhecida de o adquirente colher as vantagens e dever, por isso, suportar os prejuízos. De facto, *vistas as coisas pelo lado do transmitente*, deve perguntar-se o que é que justifica a protecção jurídica deste, até ao ponto de onerar o devedor do preço com a sua prestação integral. Dito de outro modo: por que razão é que a lei considera com tanto favor a posição do transmitente, credor do preço?

A razão está na circunstância de o credor do preço já ter sofrido uma perda económico-jurídica quando realizou a sua prestação. Se não tivesse ocorrido previamente uma diminuição patrimonial na esfera jurídica do transmitente jamais se poderia considerar sequer a hipótese de o adquirente ainda dever o preço apesar de a coisa ter perecido. Manuel de Andrade pensava nisto certamente, quando afirmava que «o risco é o risco da contraprestação»⁽³²⁾.

A justificação plena da regra segundo a qual o risco (da contraprestação) corre por conta do dono está não só no domínio sobre a coisa, que dá as vantagens e deve dar os prejuízos, mas também na circunstância do credor do preço ter sofrido antecipadamente uma perda equivalente à sua prestação. Se o transmitente não sofreu uma perda económico-jurídica não se justifica a tutela excepcional que consiste em lhe manter o direito contra o devedor.

Voltando ao caso em apreço. Poderá dizer-se que os credores de tornas suportaram uma diminuição patrimonial prévia — como o vendedor que aliena a coisa e espera o preço? Julgo que não, quer de um ponto de vista formal quer de um ponto de vista substancial.

É certo que, no negócio da partilha, os co-herdeiros que não ficaram adjudicatários dos imóveis perderam o direito a eles em favor dos adjudicatários, no sentido em que se pode falar de uma distribuição dos bens pelos herdeiros — uns guardaram certos bens que, por isso, não ficaram para os outros. Mas note-se que os herdeiros que ficaram excluídos do domínio dos imóveis não perderam o que tinham e que era o direito a uma quota da herança. Aliás, ainda numa perspectiva formal, não foram alguns co-herdeiros que atribuíram bens aos outros e ficaram apenas com um crédito de tornas: juridicamente foram todos os herdeiros que distribuíram o património indiviso por cada um. Em suma, não se encontra um herdeiro titular formal que tenha transferido o domínio dos bens para outro herdeiro⁽³³⁾.

(27) Com a diferença de no art. 334.^o nem sequer se fazer uma ressalva idêntica à do art. 437.^o.

(28) Neste momento tanto faz dizer assim como dizer que a transferência de domínio se opera do conjunto dos titulares da herança indivisa para cada um dos sucessores.

(29) Cfr. Forchielli — *Divisione*, cit., p. 11.

(30) E na proporção do que recebe — mas esta nota não é essencial ao conceito vulgar de negócio oneroso.

(31) Cfr., por todos Vaz Serra — *Impossibilidade superveniente...*, B. M. J., n.º 46, p. 91.

(32) *Teoria Geral das Obrigações*, 3.ª ed., p. 428.

(33) Não deveríamos antes dizer — acompanhando os dados legais — que o autor da sucessão é o transmitente formal de todos os bens que se têm por adquiridos desde a abertura da sucessão?

Se apreciarmos agora as coisas de um ponto de vista substancial e considerarmos não apenas o negócio da partilha mas todo o fenómeno sucessório que a justifica, acabamos por ser levados a dizer que nenhum co-herdeiro perde ou sofre uma diminuição do seu património — na pior das hipóteses deixa de receber uma vantagem que advém do autor da sucessão. Um co-herdeiro que não recebe os bens da herança deixa de ganhar, mas não perde no sentido em que perde o vendedor que já alienou e espera o preço, no sentido que releva para o efeito de beneficiar da tutela do art. 796.^o

A razão que justifica o regime do risco não está presente neste caso pois não houve um autor formal e concreto de uma transferência de domínio, um autor real de uma prestação prévia que tenha sofrido uma diminuição económico-jurídica e espere uma contraprestação. O art. 796.^o está feito para proteger o interesse daquele que suportou uma diminuição patrimonial quando transmitiu o domínio sobre a coisa.

No nosso caso os credores de tornas não suportaram uma diminuição real quando intervieram na adjudicação. Não merecem o regime do art. 796.^o, que não foi feito para eles.

16. A solução adequada a este caso em que se trata de um negócio especial — a partilha — enquadrado num processo sucessório, e em que a maioria dos bens adquiridos pelos herdeiros se perdeu antes do cumprimento total⁽³⁴⁾, a solução adequada, dizia, é a da *modificação da partilha* negociada, contando apenas com os bens que sobraram depois da perda da maior parte da herança, e com o fundamento no regime especial do art. 437.^o do Código Civil. Este objectivo, porém, só pode ser prosseguido através dos meios processuais competentes, e não através dos embargos de executado que, apesar de serem uma «contra-acção», servem apenas para «destruir os efeitos do título e da acção executiva»⁽³⁵⁾.

No contexto dos embargos de executado só se poderá *paralisar a execução* deixando os interessados livres para recorrer depois aos meios convenientes para definir os seus direitos. Com este propósito, dir-se-á que os factos alegados e os de conhecimento público, qualificados nas páginas antecedentes, permitem concluir que o exercício do direito pelos credores é um *exercício abusivo do crédito de tornas*: é um exercício formal que contraria a boa-fé e nega quer a justiça material do negócio realizado quer a própria racionalidade do nosso sistema jurídico-civil.

Trata-se, em suma, de um caso que merece a aplicação do art. 334.^o do Código Civil, para que seja impedido o exercício do direito invocado pelos exequentes, nas condições actuais.

17. Em face disto, perguntar-se-á qual o fundamento da decisão que aceitar o pedido de embargos de executado.

É de esperar que na lista do art. 813.^o do Código de Processo Civil não se encontre directa e nitidamente previsto o fundamento que convém a este caso. Tratando-se de usar um mecanismo excepcional como o do *abuso do direito*, é compreensível que o art. 813.^o não contenha uma alínea seguramente concebida para corresponder às intenções do art. 334.^o do Código Civil; na verdade, seria estranho prever um fundamento de embargos típico, dedicar porventura uma alínea, para a hipótese excepcional do exercício do direito contrário à boa-fé.

Apesar disto, não é difícil encontrar no âmbito do art. 813.^o do C. P. C. o fundamento conveniente para justificar a procedência dos embargos, neste caso: o fundamento é o da *inexigibilidade da obrigação exequenda*, nos termos da alínea *f*), parte final.

Talvez que o legislador do C. P. C., ao mencionar entre os fundamentos dos embargos a inexigibilidade da obrigação exequenda não pensasse no caso que ocupa. Talvez pensasse antes na obrigação ainda não vencida ou nos casos de pendência de condição suspensiva⁽³⁶⁾; ou ainda nos casos de relação sinalagmática em que a exigibilidade supõe o oferecimento prévio ou simultâneo da prestação a que o exequente está obrigado, etc.⁽³⁷⁾. Não é possível estar seguro das hipóteses que o legislador tinha ou não tinha em mente. O que importa é definir a intenção do regime, a finalidade da norma no seu contexto e utilizar os mecanismos interpretativos correntes na doutrina.

Os embargos de executado pretendem paralisar a execução nos casos em que seja possível mostrar, de modo suficiente, que o título invocado não deve beneficiar da garantia de um cumprimento coercivo, não deve suportar uma acção executiva procedente.

Será esse o caso quando se mostrar que uma obrigação válida ainda não pode ser exigida porque, por exemplo, ainda não se verificou a condição suspensiva do seu vencimento. Numa hipótese como esta os tribunais não devem colocar-se ao dispor do titular do crédito para lhe proporcionar imediatamente o cumprimento forçado. E, duvidados os embargos, qualquer tribunal invocará a alínea *f*) do art. 813.^o, parte final: a obrigação não é exigível nas condições concretas em que o credor pretendeu o cumprimento.

Julgo que o caso que nos ocupa é também um caso de inexigibilidade da obrigação exequenda. Por força das circunstâncias excepcionais que sobrevieram ao acordo de partilha, a exigência do cumprimento da obrigação exequenda é abusiva, contrária à boa-fé, ilícita. Os credores que pretendem o cumprimento forçado nas circunstâncias concretas deste caso não devem beneficiar desta especial forma de garantia da sua relação jurídica que é a acção executiva. De acordo com as regras da boa-fé, e nas condições concretas do caso, os credores não devem exigir o pagamento forçado, o sistema jurídico deve paralisar o exercício dos seus direitos e a *acção executiva deve parar a tempo de impedir o resultado pretendido*.

Não se trata de um dos casos vulgares em que um obrigação ainda inexigível se pode tornar exigível (cf. art. 802.^o do C. P. C.)⁽³⁸⁾; trata-se de um caso em que uma obrigação, que era exigível, se tornou *inexigível* em virtude de circunstâncias posteriores e excepcionais que justificam a invocação material do «abuso do direito». Esta referência, porém, não retira o caso do âmbito do art. 813.^o, al. *f*). Quer do ponto de vista literal quer do ponto de vista teleológico, o caso presente constitui um caso de inexigibilidade em que a execução não deve ser levada até ao fim como é o propósito claro do art. 813.^o, al. *f*).

Os embargos devem proceder, a execução deve paralisar; neste caso concreto a compulsão judicial ao cumprimento repugna ao direito material, pois o exercício do direito é abusivo.

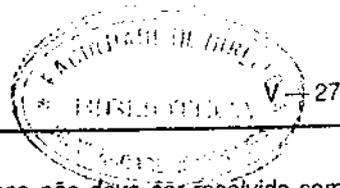
⁽³⁴⁾ Perdeu-se de facto antes do vencimento da obrigação de pagar as tornas, e de direito pouco depois.

⁽³⁵⁾ A. Castro, ob. cit., p. 47.

⁽³⁶⁾ V. Manuel de Andrade — *Teoria Geral da relação jurídica*, v. 2, p. 378 e 390-1.

⁽³⁷⁾ V. Eurico Lopes Cardoso — *Manual da acção executiva*, Lisboa, INCM, 1987, p. 198 segs.

⁽³⁸⁾ Cf. Eurico Lopes Cardoso — *Manual cit.*, p. 199.



CONCLUSÕES:

1. O direito dos credores é formalmente válido e, em circunstâncias normais, a execução não suscitaria dúvidas.

2. Ainda antes do termo fixado para o cumprimento da dívida de tornas, as circunstâncias em que se fundou o acordo de interessados na partilha alteraram-se anormalmente e gravemente, de tal modo que os devedores de tornas perderam a maior parte dos bens que lhes tinham sido adjudicados na partilha.

3. Esta perda desequilibrava profundamente as posições relativas dos co-herdeiros e destruiu o sinalagma do acordo de partilhas, segundo o qual cada um recebe *porque* o outro também recebe.

4. É o acordo de interessados que deve sustentar as atribuições patrimoniais recíprocas, dado que a sentença no processo de partilhas é meramente homologatória.

5. A procedência da execução daria por resultado que os filhos «ilegítimos» seriam os principais beneficiados numa herança regida pelas normas anteriores a 1977 que, pelo contrário, privilegiavam os filhos legítimos.

6. A execução foi intentada dez anos depois do termo do prazo para o cumprimento, quando os executados já tinham criado a confiança razoável de que não viriam a ser coagidos a cumprir depois de terem perdido os bens adjudicados. Esta confiança razoável merece protecção e a sua quebra é contrária às regras da boa-fé.

7. A exigência do pagamento das tornas, nestas condições concretas, *excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé negocial e deve ser considerada abusiva.*

8. O caso em apreço não deve ser resolvido com base na ideia de que os adjudicatários receberam os bens e o risco corre por conta deles.

9. Não deve ser assim porque o regime do risco não deve aplicar-se contra regras elementares de boa-fé, em condições de desequilíbrio grosseiro e excepcional superveniente.

10. Nem deve ser assim porque o regime do risco não deve aplicar-se ao negócio de partilha. De facto, o regime do art. 796.º serve para proteger o alienante que já fez a sua prestação, isto é, que já sofreu uma perda económico-jurídica. Ora, no acordo de partilha não foi um titular que transmitiu um direito a outro, mas antes *todos* que transmitiram a cada um; e no momento da adjudicação *nenhum* perdeu o que tinha — a sua quota na herança.

Os co-herdeiros não merecem a aplicação, entre si, do regime do risco. No negócio de partilha de bens herdados *nenhum herdeiro sofre uma diminuição patrimonial comparável à do vendedor que aliena uma coisa e espera o preço* — e só para tutelar esta perda real é que a lei impôs ao adquirente *o risco da contraprestação.*

11. Para evitar o resultado injustíssimo pretendido pelos credores de tornas é necessário paralisar a execução, dando provimento aos embargos. E se o fundamento material da inibição do direito dos credores é o *abuso do direito* (art. 334.º do C. C.), o fundamento processual aplicável é o da *inexigibilidade da obrigação exequenda* (art. 813.º, al. f), do C.P.C.).

Coimbra, Dezembro de 1989.

Guilherme Freire Falcão de Oliveira

ar en-
de da
e me
a não
o sus-
mática
ou si-
obri-
bleses
ue im-
norma
rativos
isar a
de um
e sus-
briga-
exem-
o seu
s não
va lhe
o. De-
alinea
el nas
mpri-
o caso
a das
cordo
o exe-
dores
ancias
pecial
ecção
s cir-
evem
arali-
deve
uma
cr. o
ue a
virtu-
justi-
a di-
13.º,
vista
ngibi-
fim.
pa-
pri-
o di-
egar
vol.
Lis.