

ISSN 2309-3595

Revista  
**JURÍDICA**  
da Universidade de Santiago  
Ano 1 • n.º1 • Jan/Dez • 2013

## A DETERMINABILIDADE DO OBJECTO DO NEGÓCIO JURÍDICO COMO LIMITE À AUTONOMIA PRIVADA

Jorge Morais Carvalho\*

### Introdução.

A determinabilidade constitui um limite à autonomia privada, na medida em que o artigo 280.º do Código Civil, quer o de Cabo Verde quer o de Portugal<sup>1</sup>, comina com nulidade o negócio jurídico que tenha um objecto indeterminado e indeterminável. O objecto pode não estar determinado no momento da conclusão do contrato, mas tem de ser determinável nos termos definidos explícita ou implicitamente pelas partes<sup>2</sup>.

Trata-se de um requisito do objecto que se encontra ligado à possibilidade<sup>3</sup>. Um objecto indeterminável constitui um objecto impossível de determinar. Neste sentido, não existindo a possibilidade de determinar a prestação, não existe qualquer vinculação para o devedor. A indeterminabilidade diz respeito essencialmente ao objecto imediato, mas também pode incidir sobre o conteúdo do contrato.

As partes podem configurar o conteúdo do contrato por forma a que resulte alguma margem de incerteza quanto a uma ou várias prestações, sem que isso, por si só, ponha em causa a sua validade<sup>4</sup>.

\* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Professor Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

1 Todas as referências a regras legais, ao longo deste texto, sem indicação do diploma, referem-se ao Código Civil, encontrando-se os preceitos em causa em vigor quer no direito cabo-verdiano quer no direito português.

2 V. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Fevereiro de 2009, Processo n.º 08S2573 (Vasques Dinis), e do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de Junho de 2006, Processo n.º 4335/2006-6 (Granja da Fonseca).

3 CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português – Vol. I – Parte Geral, Tomo I, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, p. 688.

4 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Outubro de 2007, Processo n.º 07A2761 (Fonseca Ramos).

A generalidade dos exemplos de indeterminabilidade apontados na doutrina pode reconduzir-se a outros institutos jurídicos, uma vez que a prestação ainda pode ser determinada. Assim, a promessa de venda de “uma coisa” ou “um terreno”<sup>5</sup> tem de ser interpretada no sentido de se perceber se se trata de uma declaração não séria ou de uma obrigação genérica, ficando o devedor obrigado a entregar uma coisa ou um terreno. Por exemplo, se uma empresa promete a oferta de um brinde a um consumidor – sem mais especificações – a quem se deslocar ao seu estabelecimento, fica vinculado ao cumprimento da promessa, ainda que as coisas abrangidas pelo género sejam numerosas. Já “se A declara vender um automóvel de que é proprietário e tem 3 automóveis”<sup>6</sup>, trata-se, não de um caso de indeterminabilidade, mas de uma obrigação genérica (ou alternativa, no caso de cada uma das coisas se encontrar especificada).

Também num caso em que se considera ser “o sentido do negócio impossível de interpretar”<sup>7</sup> ou em que, “apesar de todo o esforço interpretativo do teor do negócio jurídico, não se souber o que as partes tiveram como objecto do contrato”<sup>8</sup>, o que está em causa é, não a determinabilidade do objecto, mas a própria existência de um acordo. Se não é possível concluir acerca do sentido e do alcance das declarações das partes, então não há consenso, para efeitos do artigo 232.º, e inexistente contrato.

Este texto encontra-se dividido em duas partes principais.

Na primeira, procede-se a uma análise mais pormenorizada da questão da fiança genérica, que tem gerado grande discussão na doutrina e na jurisprudência portuguesas, com recurso sistemático, quanto a nós de forma pouco precisa, ao requisito da determinabilidade do objecto.

Na segunda, investiga-se o regime da determinação da prestação, nos casos em que esta não se encontra determinada pelas partes mas é determinável.

### Fiança genérica

A indeterminabilidade do objecto tem sido tema de debate na doutrina e na jurisprudência portuguesas a propósito da fiança genérica ou omnibus, também designada fiança geral ou de conteúdo indeterminado<sup>9</sup>, embora tenhamos, como já referimos, algumas dúvidas quanto à resolução da questão com recurso a esta figura.

5 PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, e PINTO, Paulo Mota, Teoria Geral do Direito Civil, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 554.

6 VIEIRA, José Alberto, Negócio Jurídico – Anotação ao Regime do Código Civil (Artigos 217.º a 295.º), Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 98.

7 Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 2 de Outubro de 2002, Processo n.º 508/02-2 (Leonel Seródio).

8 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de Outubro de 2004, Processo n.º 0434403 (João Bernardo).

9 MARTINEZ, Pedro Romano, e PONTE, Pedro Fuzeta da, Garantias de Cumprimento, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 96.

Esta fiança caracteriza-se por o fiador garantir o pagamento de todas as dívidas do devedor, sem qualquer referência a dívidas concretas que este possa ter ou vir a ter<sup>10</sup>. A indeterminação originária do número de dívidas e do seu valor tem como consequência o desconhecimento por parte do fiador dos limites da sua responsabilidade, podendo ser surpreendido com o montante global da garantia prestada. Este é o efeito nefasto que se procura contornar, embora se deva salientar que as dívidas em causa, embora indeterminadas, são sempre determináveis em função da actividade do devedor.

A fiança pode ter como função a garantia de obrigações passadas, presentes ou futuras<sup>11</sup>, não sendo este um elemento essencial para a sua caracterização. Verifica-se, no entanto, uma diferença relevante no que respeita à responsabilidade do fiador, na medida em que, em relação às obrigações passadas ou presentes, o valor das dívidas pode ser mais ou menos elevado, mas encontra-se fixado por referência a um momento determinado. Já as obrigações futuras objecto da fiança podem não ter qualquer limite temporal ou de valor, ficando o fiador totalmente sujeito aos negócios do devedor.

Por esta razão, a generalidade da doutrina e da jurisprudência defende a validade dos contratos de fiança celebrados em garantia de obrigações passadas ou presentes, uma vez que as obrigações em causa já se encontram definidas e o fiador pode ter, com mais ou menos facilidade, conhecimento do risco assumido com a prestação da garantia<sup>12</sup>. No entanto, mesmo nestes casos é necessário interpretar os termos do contrato, para concluir acerca da capacidade de controlo do montante que o garante vai afiançar<sup>13</sup>.

No que respeita à fiança prestada para garantia de obrigações futuras, expressamente admitida pelo n.º 2 do artigo 628.º, a questão da sua validade ou invalidade tem sido objecto de um grande número de decisões jurisprudenciais e de amplo debate na doutrina.

10 Sobre o papel desta figura, v. GOMES, Manuel Januário da Costa, Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador, Almedina, Coimbra, 2000, p. 621, COSTA, Mário Júlio de Almeida, Noções Fundamentais de Direito Civil, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 233, MARTINEZ, Pedro Romano, e PONTE, Pedro Fuzeta da, Garantias de Cumprimento, cit., p. 97, e FARO, Frederico Kastrop de, “Da Validade da Fiança Omnibus”, in Garantias das Obrigações, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 249-303, pp. 265 a 267.

11 SILVA, João Calvão da, Direito Bancário, Almedina, Coimbra, 2001, p. 379.

12 Neste sentido, v. MARTINEZ, Pedro Romano, e PONTE, Pedro Fuzeta da, Garantias de Cumprimento, cit., p. 99, e LEITÃO, Luís Menezes, Garantias das obrigações, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, p. 125. Quanto à jurisprudência, v. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de Novembro de 2006, Processo n.º 06A3350 (Afonso Correia). Em sentido contrário, GOMES, Manuel Januário da Costa, Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador, cit., pp. 598 e 599.

13 MARTINEZ, Pedro Romano, e PONTE, Pedro Fuzeta da, Garantias de Cumprimento, cit., p. 100. Em relação à interpretação do contrato de fiança, v. GOMES, Manuel Januário da Costa, Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador, cit., p. 745.

Note-se que a validade da fiança apenas é comumente posta em causa se esta for simultaneamente genérica e prestada para garantia de obrigações futuras. Se as obrigações forem futuras mas estiverem determinadas no momento da sua constituição, como num contrato de crédito para aquisição de um bem<sup>14</sup>, num contrato de arrendamento<sup>15</sup> ou num contrato de locação financeira<sup>16</sup>, a fiança que garanta o cumprimento das prestações é válida.

Em relação ao contrato de arrendamento, no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 3 de Abril de 2006, Processo n.º 0650919 (Pinto Ferreira), esclarece-se que, “se o fiador do locatário, num contrato de arrendamento habitacional, se obriga pelo período de «vigência legal» deve entender-se que apenas garante a obrigação do devedor inquilino, durante os primeiros cinco anos de vigência do arrendamento, extinguindo-se a fiança após o decurso de tal prazo”. Seguindo este princípio, pode ler-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de Dezembro de 2007, Processo n.º 1417/2007-1 (Rui Moura) que, “afastando-se o limite dos 5 anos, sem qualquer outra limitação, a obrigação do fiador tornar-se-ia incerta, indeterminada e ilimitada, manifestamente imoral”. Em sentido contrário, v. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de Dezembro de 2006, Processo n.º 9696/2006-2 (Ana Paula Boularot). Já no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24 de Abril de 2007, Processo n.º 1292/04.1TBCNT.C1 (Hélder Roque), defende-se a nulidade parcial da fiança, “em relação à prestação por danos patrimoniais resultantes da perda e deterioração dos bens do estabelecimento, de natureza indeterminada e indeterminável”.

Quando as obrigações futuras garantidas pela fiança não se encontram determinadas e não são determináveis logo no momento da sua prestação, defende-se actualmente na doutrina e na jurisprudência que a fiança é, em princípio, nula, por indeterminabilidade do objecto, nos termos do n.º 1 do artigo 280.<sup>o</sup><sup>17</sup>.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Janeiro de 2001, Processo n.º 01A197 (Torres Paulo), uniformizou a jurisprudência no sentido de que “é nula, por indeterminabilidade do seu objecto, a fiança de obrigações futuras, quando o fiador se constitua garante de todas as responsabilidades provenientes de qualquer operação em direito consentida, sem menção expressa da sua origem ou natureza e independentemente da qualidade em que o afiançado intervenha”<sup>18</sup>.

14 V., por todos, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de Fevereiro de 2008, Processo n.º 08A265 (Urbano Dias).

15 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de Fevereiro de 2002, Processo n.º 0220038 (Afonso Correia).

16 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Junho de 1999, Processo n.º 99B484 (Dionísio Correia).

17 Sobre a evolução da jurisprudência dos tribunais portugueses em relação a esta matéria (até Dezembro de 1998), cfr. GOMES, Manuel Januário da Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*, cit., pp. 665 e 672.

18 Para um comentário a esta decisão, v. GOMES, Manuel Januário da Costa, “O Mandamento da Determinabilidade

Entende-se que a especial situação de desprotecção do credor exige, quanto ao requisito da determinabilidade, que o fiador possa ter conhecimento, no momento da celebração do contrato, do valor das obrigações que vai afiançar<sup>19</sup>, não ficando vinculado ao pagamento de prestações que dependem do arbítrio de um terceiro.

Esta conclusão poderia ser considerada contrária ao artigo 400.<sup>o</sup>, que admite a determinação por uma das partes ou por terceiro, neste caso o devedor (afiançado) e o credor da obrigação principal<sup>20</sup>.

Não podendo o fiador ter conhecimento, no momento da celebração do contrato de fiança, do valor das obrigações que vai afiançar, tem-se considerado que as obrigações são indetermináveis, solução discutível pela razão já apontada. Caso essa insusceptibilidade de conhecimento do valor das obrigações seja apenas parcial, a nulidade é também parcial, podendo aplicar-se o artigo 292.<sup>o</sup>, reduzindo a fiança à parte originariamente determinável e, portanto, válida<sup>21</sup>.

Admite-se, contudo, a validade da fiança relativa a obrigações futuras que se encontre limitada no montante máximo da responsabilidade do fiador (já a existência de um limite temporal não tem qualquer relevância para aferir a determinabilidade do objecto do contrato). Neste

na Fiança Omnibus e o AUJ n.º 4/2001”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 49-78.

MARTINEZ, Pedro Romano, e PONTE, Pedro Fuzeta da, *Garantias de Cumprimento*, cit., p. 100, referem-se mesmo a uma “interpretação mais exigente da determinabilidade do objecto”. V. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de Maio de 2001, anotado por CORDEIRO, António Menezes, “Livrança em Branco – Pacto de Preenchimento”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, n.º 2, 2001, pp. 1039-1052, p. 1049.

19 MARTINEZ, Pedro Romano, e PONTE, Pedro Fuzeta da, *Garantias de Cumprimento*, cit., p. 100, referem-se mesmo a uma “interpretação mais exigente da determinabilidade do objecto”. V. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de Maio de 2001, anotado por CORDEIRO, António Menezes, “Livrança em Branco – Pacto de Preenchimento”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, n.º 2, 2001, pp. 1039-1052, p. 1049.

20 Pensando nesta situação, GOMES, Manuel Januário da Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*, cit., p. 675, defende que do n.º 1 do artigo 400.<sup>o</sup> resulta a imposição da determinação segundo juízos de equidade, mesmo “nos casos em que as partes tenham optado por remeter a estipulação para o arbítrio de parte ou de terceiro”, o que atenuaria a consequência referida no texto. Em qualquer caso, defende o autor (p. 676) que “a determinação da prestação fidejussória fora do contrato de fiança com cláusula omnibus não poderá ser feita nos termos do artigo 400”. As razões apontadas são (p. 677) o carácter acessório da fiança, “que exige que, à data da prestação da fiança, esteja já determinado, ou seja determinável [...] a obrigação ou obrigações garantidas” e (p. 678) a intolerância do nosso ordenamento a uma “«auto-sujeição patrimonial» de um sujeito relativamente à actuação do outro”. Já CORDEIRO, António Menezes, “Impugnação Pauliana – Fiança de Conteúdo Indeterminável”, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XVII, Tomo III, 1992, pp. 55-64, p. 61, entende que “a determinação da prestação, por alguma das partes ou por terceiro, só pode ser pactuada se houver um critério a que essas entidades devam obedecer. Seria, assim, seguramente nulo o contrato pelo qual uma pessoa se obrigasse a pagar a outra o que esta quiser: haveria uma obrigação incontrolável”. No mesmo sentido, v. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 9 de Maio de 2000, Processo n.º 3102/99 (Serra Baptista), e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Fevereiro de 2009, Processo n.º 09A141 (Salazar Casanova).

21 Neste sentido, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 9 de Fevereiro de 2010, Processo n.º 60/09.9TBMGR-A.C1 (Teresa Pardal).

caso, apesar da indeterminabilidade da prestação em concreto no momento da celebração do contrato, existindo elementos que permitam assegurar o seu valor máximo, pode entender-se que é determinável o risco do fiador, subjacente à garantia. No entanto, é necessário ter em conta que o estabelecimento desse limite não pode ser um meio para contornar a proibição legal, o que sucede quando seja imposto um valor elevado, dificilmente atingível<sup>22</sup>. Nesta situação, o limite não tem relevância para a determinabilidade do objecto do contrato, que se mantém inválido.

Tem-se considerado igualmente válido o contrato de fiança que, sendo genérico e relativo a obrigações futuras, garante o pagamento de dívidas cuja contracção pode ser controlada pelo próprio fiador<sup>23</sup>. É tipicamente o caso do sócio administrador ou gerente que presta uma fiança para garantir o pagamento de dívidas da sociedade<sup>24</sup>. Nesta situação, o fiador também está na origem das dívidas, determinando o objecto das obrigações garantidas, pelo que se justifica que responda por elas no caso de ter prestado uma fiança nesse sentido. Saliente-se, no entanto, que o fiador, se deixar de ter cargo relevante na tomada de decisões relativas à sociedade, deve ter a possibilidade de se desvincular do contrato celebrado<sup>25</sup>, deixando de ser responsável pelo pagamento das dívidas futuras abrangidas pela fiança<sup>26</sup>.

A questão tem sido igualmente levantada nos nossos tribunais a propósito do aval, da hipoteca e até de garantias autónomas.

No aval, a responsabilidade do avalista encontra-se limitada pelos termos constantes do título de crédito subscrito. Tratando-se de livrança em branco, a sua validade depende da existência de pacto de preenchimento e é em relação a este acordo que se tem entendido dever verificar-se o requisito da determinabilidade<sup>27</sup>. Se o pacto de preenchimento contiver os

22 GOMES, Manuel Januário da Costa, Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador, cit., p. 697.

23 GOMES, Manuel Januário da Costa, Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador, cit., pp. 687 e 688, e MARTINEZ, Pedro Romano, e PONTE, Pedro Fuzeta da, Garantias de Cumprimento, cit., p. 101. Em sentido contrário, FARO, Frederico Kastrup de, “Da Validade da Fiança Omnibus”, cit., p. 285.

24 V., por todos, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Maio de 2005, Processo n.º 05A1092 (Reis Figueira).

Em sentido contrário, v. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 9 de Maio de 2005, Processo n.º 0551660 (Fernandes do Vale).

25 Em sentido contrário, v. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 9 de Maio de 2005, Processo n.º 0551660 (Fernandes do Vale).

26 Sobre esta questão, v. GOMES, Manuel Januário da Costa, Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador, cit., pp. 823 a 831.

27 Por esta razão, o avalista deve poder reagir contra o beneficiário sempre que se verifique o preenchimento abusivo da livrança, ou seja, não sejam cumpridos os termos do pacto de preenchimento, que lhe permitiam controlar a medida da sua responsabilidade. Discorda-se assim do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Março de 2007, Processo n.º 07A205 (Faria Antunes), quando se diz que “é vedado ao recorrente/avalista invocar a excepção do

elementos necessários para a determinação da obrigação do avalista logo no momento da sua constituição<sup>28</sup>, o objecto do contrato não é nulo nos termos do artigo 280.<sup>º</sup><sup>29</sup>.

Já em relação a outras garantias, nomeadamente as garantias reais, deve valer o mesmo princípio de possibilidade de controlo da prestação, com a diferença de que a responsabilidade se encontra normalmente limitada em função do valor do bem sobre o qual incide a garantia<sup>30</sup>.

Esta análise incidiu sobre o entendimento da doutrina e da jurisprudência sobre a matéria, que tem resolvido a questão com base no requisito da determinabilidade do objecto.

Não nos parece que seja a solução mais adequada.

Com efeito, o elemento essencial para o juízo negativo do direito sobre os contratos com este objecto não é a indeterminabilidade da prestação, uma vez que esta se encontra geralmente garantida. O artigo 400.<sup>º</sup> permite que a determinação da prestação seja confiada a uma das partes ou a um terceiro e neste caso é o devedor, ao contrair dívidas, quem determina a prestação.

O juízo negativo incide sobre o risco associado à garantia de cumprimento de obrigações desconhecidas e essencialmente incontroláveis<sup>31</sup>. Não é aceitável que o devedor não tenha a possibilidade de conhecer o objecto da garantia prestada no momento da celebração do contrato<sup>32</sup>. Assim, apesar de não ser indeterminável, a prestação de fianças com este objecto,

preenchimento abusivo, por falta de legitimidade para tal visto ser um mero avalista não sujeito da relação contratual subjacente”. No mesmo sentido, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 4 de Fevereiro de 2004, Processo n.º 16/04-2 (Vieira e Cunha). Já no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de Março de 2008, Processo n.º 1758/2008-8 (Salazar Casanova), diz-se que o pacto vincula o recorrente/avalista, porque este “não demonstrou que o ignorava aquando da prestação do aval, nem que foi violado pelo preenchimento”.

28 O pacto de preenchimento é relevante para averiguar da determinabilidade da obrigação de todos os subscritores do título e não apenas do avalista. Neste sentido, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27 de Janeiro de 2005, Processo n.º 0437299 (Fernando Baptista).

29 Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de Dezembro de 2008, Processo n.º 08A3600 (Paulo Sá), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Março de 2007, Processo n.º 07A202 (Azevedo Ramos), Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de Abril de 2010, Processo n.º 1835/07.9TBALM-A.L1-1 (Rijo Ferreira), e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4 de Julho de 2002, Processo n.º 0230592 (Saleiro de Abreu).

30 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de Abril de 2008, Processo n.º 0736758 (Freitas Vieira). V., ainda, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 2 de Novembro de 2009, Processo n.º 809/08.7TVPR.T.P1 (Soares de Oliveira), Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24 de Março de 2009, Processo n.º 1376/06.1TBRB-A.C1 (Sílvia Pires), Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Outubro de 2007, Processo n.º 9015/2007-6 (José Eduardo Sapateiro), e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de Fevereiro de 2007, Processo n.º 0636941 (Pinto de Almeida).

31 CORDEIRO, António Menezes, “Impugnação Pauliana – Fiança de Conteúdo Indeterminável”, cit., p. 62, defende que “a necessidade de, aquando da fiança por débitos futuros, se consignar um critério objectivo e limitativo de determinação corresponde a uma natural função moderadora do ordenamento, presente, por exemplo, na limitação das taxas de juros”.

32 MARTINEZ, Pedro Romano, e PONTE, Pedro Fuzeta da, Garantias de Cumprimento, cit., p. 98, defendem que se impõe “a necessidade de o fiador conhecer o critério ou critérios indispensáveis para delinear o limite do seu compromisso, sendo que a eventual obrigação futura deve ter conteúdo previsível no momento da estipulação da

sem limite de valor e sem controlo do fiador em relação às despesas afiançadas, é contrária a pelo menos dois princípios fundamentais da nossa ordem jurídica – o princípio geral de liberdade e a dignidade da pessoa humana – e, portanto, contrária à ordem pública<sup>33/34</sup>.

### Determinação da prestação

Em matéria de determinabilidade do objecto do contrato, é importante referir e analisar o artigo 400.º. Esta disposição ocupa-se dos casos em que a prestação não se encontra determinada pelas partes mas é determinável segundo algum ou alguns critérios.

Estabelece o n.º 1 do artigo 400.º que “a determinação da prestação pode ser confiada a uma ou outra das partes ou a terceiro; em qualquer dos casos deve ser feita segundo juízos de equidade, se outros critérios não tiverem sido estipulados”. No n.º 2, acrescenta-se que, “se a determinação não puder ser feita ou não tiver sido feita em tempo devido, sê-lo-á pelo tribunal”<sup>35</sup>, sem prejuízo da aplicação dos regimes das obrigações genéricas e alternativas.

Encontram-se depois dispersas pelo ordenamento jurídico algumas normas especiais sobre a determinação da prestação. O artigo 883.º assume algum destaque, por conter os critérios de determinação do preço num contrato de compra e venda<sup>36</sup> em que o preço não se encontra fixado por entidade pública ou pelas partes<sup>37</sup>. Neste caso, vale, em primeiro lugar, o preço normalmente praticado pelo vendedor, em segundo lugar, o preço do mercado ou bolsa e,

fiança”. Como se refere no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4 de Outubro de 2007, Processo n.º 07B2644 (Oliveira Rocha), o que se pretende “é evitar que o fiador fique à mercê do devedor principal ou do seu credor no que respeita à obrigação afiançada”.

33 Já GOMES, Manuel Januário da Costa, Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador, cit., p. 678, defende que a situação “é atentatória dos bons costumes”.

34 Sobre a ordem pública como limite à autonomia privada, v. CARVALHO, Jorge Morais, “A Ordem Pública como Limite à Autonomia Privada”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 351-378.

35 Segundo CORDEIRO, António Menezes, Da Boa Fé no Direito Civil, Almedina, Coimbra, 2001 (reimpressão da edição de 1985), p. 1201, “a determinação da prestação, quando deva ser feita pelo tribunal segundo juízos de equidade [...] deve, na realidade, seguir as regras negociais, se necessário com recurso aos princípios da integração, com primado para a boa fé – artigo 239.º – e nunca as reflexões do juiz face ao caso concreto. Note-se: a assim não ser, nunca haveria negócios com objecto indeterminável, ficando sem conteúdo o final do artigo 280.º/1, que comina a sua nulidade”.

36 Os critérios contidos neste artigo podem ser utilizados para a determinação do preço noutros contratos, como o contrato de empreitada, como expressamente estabelece o n.º 1 do artigo 1211.º. Neste sentido, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de Março de 2010, Processo n.º 1616/05 – 4 TJVNFS.1 (Sebastião Póvoas), e Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 18 de Março de 2004, Processo n.º 2590/03-3 (Bernardo Domingos).

37 No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Dezembro de 2007, Processo n.º 07A3708 (Rui Maurício), defende-se que, “sendo inquestionável que o preço é um elemento essencial do contrato de compra e venda [...] e portanto, também, da promessa unilateral de venda [...], já a cláusula relativa à fixação do preço não é elemento essencial, nem daquele contrato nem do respectivo contrato-promessa. [...] A própria lei [...] admite a indeterminação do preço na compra e venda, posto que o mesmo seja determinável”.

por último, volta-se ao critério geral da equidade do artigo 400.º, cabendo a decisão ao tribunal<sup>38</sup>.

Também o artigo 1158.º, n.º 2, determina que, no caso de as partes não acordarem no valor da retribuição do mandato oneroso, este é fixado com base nas tarifas profissionais, nos usos ou em juízos de equidade. O artigo 1186.º estende este regime ao contrato de depósito.

As obrigações genéricas e alternativas têm em comum a circunstância de o objecto da prestação estar indeterminado no momento da sua constituição, tratando-se de duas categorias de obrigações em que o problema da determinação se coloca com grande frequência<sup>39</sup>.

Sem pretendermos ser exaustivos sobre esta questão, objecto de estudo autónomo<sup>40</sup>, introduzem-se aqui algumas questões que visam a compreensão do regime da determinação da prestação nas obrigações genéricas e alternativas.

A obrigação genérica caracteriza-se por o seu objecto se encontrar determinado apenas pelo género (artigo 539.º). É necessário o acordo quanto ao género, ou seja, que a obrigação esteja determinada por referência a um conjunto de coisas que, tomadas em abstracto no momento da constituição da obrigação, através de características comuns<sup>41</sup>, possam desde logo ser materializadas em coisas concretas ou específicas, presentes ou futuras. O ponto central que distingue a obrigação genérica de outras figuras é a circunstância de as partes não se referirem, no momento da celebração do contrato, a nenhuma coisa concreta, mas tão-só ao próprio género, enquanto representação de todas as coisas que o compõem<sup>42</sup>. Fala-se por vezes em obrigações genéricas delimitadas nos casos em que a coisa deve ser escolhida de entre aquelas que se encontram em determinado local<sup>43</sup>, mas esta distinção não afasta a natureza

38 No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de Outubro de 2009, Processo n.º 1614/05.8TJLSB.L1-7 (Amélia Alves Ribeiro), defende-se ser “lícito recorrer à equidade para determinação do preço, nos termos do artigo 4.º do Código Civil, se da matéria de facto provada não é possível determinar: o preço acordado no momento da celebração do contrato; o preço normalmente praticado pelo recorrente para a execução dos trabalhos contratados à data da conclusão do contrato; ou o preço do mercado no lugar em que os RR. devessem cumpri-lo”.

39 LEITÃO, Luís Menezes, Direito das Obrigações, Vol. I, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 144, defende que “constituem as categorias mais importantes de obrigações com prestações indeterminadas”.

40 CARVALHO, Jorge Morais, “Transmissão da Propriedade e Transferência do Risco na Compra e Venda de Coisas Genéricas”, in Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano VI, n.º 11, 2005, pp. 19-63.

41 Como refere SANCHEZ CALERO, Francisco Javier, “Las Obligaciones Genéricas”, in Revista de Derecho Privado, 1980, pp. 644-660, p. 645, “de um ponto de vista jurídico, género significa as coisas que reúnem um certo número de características comuns. Por vezes, está determinado pela natureza; outras vezes, é a própria convenção que fixa o alcance do género”.

42 Por exemplo, o género concebido pelas partes pode consistir num veículo motorizado, num automóvel, num automóvel de determinada marca e modelo, num automóvel que se encontre em determinado local, como um estabelecimento comercial, num automóvel que tenha determinadas características, num automóvel de entre os que tenham pertencido ou pertençam a determinada pessoa, entre outros.

43 ENNECCERUS, Ludwig, e LEHMANN, Heinrich, Derecho de Obligaciones, Vol. I, 35.ª edição, trad. de Blas Pérez González e José Alguer, Librería Bosch, Barcelona, 1933, p. 34, nota 11, chamam a atenção para o delimitado se dever referir apenas ao género e não à obrigação, o que revela que a denominação do conceito é pouco rigorosa.

indeterminada da prestação. Distingue-se também, com relevância para efeitos de determinação da prestação, as obrigações genéricas de quantidade das obrigações genéricas de qualidade<sup>44</sup>, tratando-se, nas primeiras, de bens produzidos ou reproduzidos em série, não se colocando com a mesma intensidade o problema de uma escolha entre coisas com diferentes qualidades.

A obrigação alternativa caracteriza-se por compreender duas ou mais prestações, em princípio específicas, das quais apenas uma é devida (artigo 543.º). Num plano meramente teórico, a distinção entre as duas figuras pode não ser fácil, uma vez que, na obrigação genérica, há várias coisas que, em alternativa, podem ser objecto da prestação e, na obrigação alternativa, as coisas que estão em alternativa são aptas a formar um género que pode ser moldado livremente pelas partes<sup>45</sup>. Na prática, a distinção depende da forma como as coisas foram representadas pelas partes. Assim, se as diferentes coisas são representadas por referência à espécie, isto é, ao objecto concreto em causa (se se trata de coisas individualmente determinadas<sup>46</sup>), estamos perante uma obrigação alternativa; se as coisas são representadas em função das características pelas quais as partes as associam, trata-se de uma obrigação genérica<sup>47</sup>. A natureza genérica ou específica da coisa não é uma sua característica objectiva, pelo que tem de se analisar se a vontade das partes foi a de arquitectar a obrigação no sentido de incluir uma soma de coisas determinadas especificamente ou um conjunto de coisas pertencente a um género<sup>48</sup>.

Por vezes, a obrigação pode ser simultaneamente genérica e alternativa. Nas obrigações genéricas de qualidade, as partes podem representar as qualidades, dentro do género, em

44 Não concordamos com os autores que designam as obrigações genéricas de qualidade por obrigações genéricas de escolha (cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 721 e 722, e RIBEIRO, Nuno Gaioso, "A Concentração da Obrigação", in *O Direito*, Ano 136.º, V, 2004, pp. 897-926, p. 899), uma vez que a escolha existe em todas as obrigações genéricas.

45 PANUCCIO, Vincenzo, *Obbligazioni Generiche e Scelta del Creditore*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 6, defende que "substancialmente, a obrigação genérica tem um claro carácter alternativo. São a, b, c, ..., n os vários indivíduos compreendidos no género G. Se se trata de dar uma coisa incluída neste género, a obrigação genérica resolve-se, como é óbvio, na seguinte alternativa: o devedor deve ou a ou b ou c ... ou n. [...] Dadas as alternativas a, b, c, ..., n, bastará encontrar o seu género comum G (o que em abstracto é sempre possível), para converter a obrigação alternativa de prestar a ou b ou c ... ou n na obrigação genérica de prestar uma coisa do género G".

46 Cfr. MOREIRA, Guilherme Alves, *Instituições do Direito Civil Português – Vol. II – Das Obrigações*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1925, p. 71.

47 SERRA, Adriano Vaz, "Obrigações Genéricas", in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 55, 1956, pp. 5-59, p. 7, distingue-as, referindo que, nas obrigações alternativas, os objectos são concretos por determinação das partes e, nas genéricas, tira-se o objecto de um conjunto ou complexo. Por seu lado, FARIA, Jorge Ribeiro de, *Direito das Obrigações*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1990, p. 199, considera que, nas obrigações alternativas, os objectos possíveis "são tomados pelas partes não como abstracções definidas em função de dadas qualidades ou características mas sim como possibilidades de prestação por elas concretamente pensadas". SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, "Las Obligaciones Genéricas", cit., p. 645, destaca o facto de, em ambas, haver uma pluralidade de coisas, só que, nas obrigações genéricas, estas são homogéneas e, nas alternativas, são heterogéneas.

48 Na expressão de LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, Vol. I, trad. de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 168, nota 3, "interessa o que as partes tenham pensado".

alternativa<sup>49</sup>. Por exemplo, pode ser genérica e alternativa a obrigação que resulte de um contrato de compra e venda pelo qual o vendedor deve cumprir com um telemóvel da marca X: alternativa, entre os vários modelos da marca X; genérica, na determinação concreta do objecto.

Quer nas obrigações genéricas quer nas obrigações alternativas, a escolha cabe, salvo convenção em contrário, ao devedor (arts. 539.º e 543.º, n.º 2, respectivamente). Se este não fizer a escolha, esta pode ser devolvida ao credor (artigo 548.º, aplicável também às obrigações genéricas, dado o paralelismo das situações). Por acordo, a escolha pode, desde logo, pertencer ao credor ou a terceiro (arts. 542.º e 549.º).

A prestação tem de ser determinada com base no disposto no artigo 400.º. A escolha deve ser feita, em primeiro lugar, segundo os critérios definidos pelas partes e, em segundo lugar, na falta destes, segundo juízos de equidade.

O conceito de equidade é aqui utilizado num sentido amplo (noção forte)<sup>50</sup>, inserido na estatuição da norma, com o objectivo de ser o critério de decisão<sup>51</sup> num caso em que se revela difícil a determinação, em abstracto, da prestação<sup>52</sup>. Remete-se, assim, para a justiça do caso concreto, devendo ser tidos em conta todos os elementos que, no caso concreto, possam ser considerados relevantes<sup>53</sup>. Não se deve também prescindir, na concretização do conceito, da sua relação estreita com o princípio consagrado no n.º 2 do artigo 762.º, segundo o qual, "no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé".

49 FREITAS, José Lebre de, *A Acção Executiva – Depois da Reforma da Reforma*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 90, refere que, "quando, no género em que se recorta o seu objecto, há uma pluralidade de espécies, podendo a quantidade que o devedor está obrigado a prestar ser de uma ou outra dessas espécies [... se aplica] todo o regime descrito para as obrigações alternativas, sendo certo que esta figura é um misto de obrigação genérica e alternativa".

50 Em sentido contrário, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português – Vol. II – Direito das Obrigações*, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2009, p. 604.

51 AMARAL, Diogo Freitas do, QUADROS, Fausto de, e ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 34, defendem que, nestes casos, se procede "para lá do plano da aplicação e execução do direito constituído, como se [se] fosse o «legislador» do caso concreto".

52 Cfr. PINTO, Filipe Vaz, *A Equidade como Forma de Resolução de Litígios no Ordenamento Jurídico Português*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2006 (policopiado), pp. 15 e 16. CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, cit., p. 1202, entende mesmo que "as remissões diversas que o Código Civil faz para a equidade [...] são aparentes: o juiz nunca é, nelas, chamado a estatuir de acordo com o factor extra-sistemático – e, talvez, também extra-jurídico – que se adivinha sob a equidade em sentido próprio".

53 Cfr. CHORÃO, Mário Bigotte, "Equidade", in *Temas Fundamentais de Direito*, Almedina, Coimbra, 1986, pp. 85-94, p. 91, CORDEIRO, António Menezes, "A Decisão Segundo a Equidade", in *O Direito*, Ano 122.º, II, 1990, pp. 261-280, p. 270, e DUARTE, Diogo Pereira, "Modificação do Contrato Segundo Juízos de Equidade", in *O Direito*, Ano 139.º, I, 2007, pp. 141-213, p. 201.

A doutrina tem entendido que, em matéria de obrigações genéricas, a equidade impõe que o devedor não pode entregar coisas da pior qualidade nem o credor pode exigir coisas da melhor qualidade<sup>54</sup>, devendo ser tida em conta, na falta de outros elementos, a qualidade média do produto<sup>55</sup>.

No entanto, é sempre necessário analisar as circunstâncias do caso concreto. Assim, se, por exemplo, se adquirir um refrigerante a um restaurante ou a um supermercado, o prazo de validade do produto pode ser diferente, uma vez que o primeiro se destina, em princípio, a ser consumido imediatamente e o segundo não. Se já tiver sido ultrapassado o prazo de validade, o bem nunca será conforme. O prazo de validade deve ser, assim, um elemento a ter em conta no momento da determinação da coisa específica que será objecto do contrato. A data do fabrico da coisa, o local em que foi fabricada ou o preço podem ser elementos diferenciadores de produtos aparentemente igu

### **Conclusão**

A determinabilidade constitui um limite à autonomia privada, sendo nulo o negócio jurídico que tenha um objecto indeterminado e indeterminável. O objecto pode não estar determinado no momento da conclusão do contrato, mas tem de ser determinável.

Nos casos em que a prestação não se encontra determinada pelas partes, mas é determinável, a determinação pode ser confiada a uma das partes ou a terceiro, devendo ser feita segundo juízos de equidade, na falta de outros critérios.

A indeterminabilidade do objecto tem sido tema de debate na doutrina e na jurisprudência portuguesas a propósito da fiança genérica ou omnibus, também designada fiança geral ou de conteúdo indeterminado. No entanto, não nos parece que o elemento essencial para o juízo negativo do direito sobre os contratos com este objecto seja a indeterminabilidade da prestação, uma vez que esta se encontra geralmente garantida, exatamente por se permitir que a determinação da prestação seja confiada a um terceiro, neste caso o devedor. O juízo negativo incide sobre o risco associado à garantia de cumprimento de obrigações desconhecidas

54 Cfr. SERRA, Adriano Vaz, "Obrigações Genéricas", cit., p. 16, VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003 (reimpressão da edição de 2000), pp. 849 e 850, e FERNANDES, Luís Carvalho, "Da Determinação da Prestação por Terceiro", in *Liberdade e Compromisso – Estudos Dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*, Vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pp. 213-245, p. 234.

55 Cfr. Frada, Manuel Carneiro da, "Erro e Incumprimento na Não-Conformidade da Coisa com o Interesse do Comprador", in *O Direito*, Ano 121.º, III, 1989, pp. 461-484, p. 472, Ribeiro, Nuno Gaioso, "A Concentração da Obrigação", cit., p. 903, e Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português – Vol. II – Direito das Obrigações*, Tomo I, cit., p. 606.

e essencialmente incontroláveis, pelo que, apesar de não ser indeterminável, a prestação de fiança genérica ou omnibus, sem limite de valor e sem controlo do fiador em relação às despesas afixadas, é contrária à ordem pública.