

O DIREITO AO CUMPRIMENTO DE PRESTAÇÃO DE FACTO, O DEVER DE A CUMPRIR E O PRINCÍPIO *NEMO AD FACTUM COGI POTEST*. PROVIDÊNCIA CAUTELAR, SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA E CAUÇÃO

Pedro de Albuquerque[†]

§ 1 – INTRODUÇÃO

I –



em-se vindo a assistir, na prática dos nossos tribunais, à crescente alegação por alguns mandatários das partes, e também por certa doutrina¹, que o devedor de uma prestação de facto² teria o direito de

[†] Professor da Faculdade de Direito de Lisboa. Doutor em Direito.

* Artigo incluído nos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Ruy de Albuquerque e publicado igualmente na *Revista da Ordem dos Advogados*. Não se procedeu a qualquer modificação bibliográfica ou em função de alterações legislativas. Apenas se adotou o novo acordo ortográfico.

¹ Ao ponto de se chegar a considerar que na prestação de facto o obrigado é apenas devedor de uma quantia em dinheiro correspondente ao valor do ato acordado. O dever de realizar a prestação de facto esse consistiria apenas numa obrigação natural. Cfr., acerca de quanto se refere no texto, HENRI ROLAND e LAURENT BOYER, V.º *Nemo praecise cogi potest ad factum*, in *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, Lião, 1979, II, M a Z, 121.

² Acerca do conceito de prestação de facto v., na nossa literatura, designadamente, PESSOA JORGE, *Direito das obrigações*, Lisboa, 1975-1976, I, 57 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações*, Lisboa, I, 1988, 336 e ss.; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1990, I, 67 e ss.; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, 10.ª edição, Coimbra, 2000, 82 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 9.ª edição, Coimbra, 2001, 637 e ss.; enquanto entre os autores italianos se pode ver, nomeadamente, RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLVII. Acerca do conceito mais amplo de prestação cfr., de

optar entre o cumprimento dessa prestação ou a condenação a uma indemnização pecuniária, não podendo ser constrangido ou condenado à realização do facto ao qual se vinculou³. Estar-se-ia, destarte, perante um fenómeno próximo das obrigações alternativas ou, talvez com mais propriedade, das obrigações com facultade alternativa.

II – A tese exposta é sempre, ou quase sempre, alicerçada no brocardo latino *nemo praecise cogi potest ad factum* supostamente tradutor e representativo de uma evidência secular ou pretensa natureza das coisas no sentido segundo o qual nin-

entre a múltipla bibliografia suscetível de ser tomada em consideração: MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, I, 335; RIBEIRO DE FARIA, *Direito...*, I, 62 e ss.; BAPTISTA MACHADO, *Risco contratual e mora do credor (risco da perda do valor ou do rendimento da prestação e de desperdício da capacidade de prestar vinculada)*, in *Obra Dispersa*, Braga, 1991, I, 257 e ss.; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, 78 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, 635 e 636; MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito de Prestação e destino da contraprestação*, Coimbra, 2001. Finalmente, na literatura jurídica tudesca referência, a título meramente exemplificativo, para WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, I, 1965, 783 e ss.; WOLFGANG SCHUR, *Leistung und Sorgfalt*, Tubinga, 2001, *passim*, e por exemplo, 156, 159 e ss..

³ E no sentido segundo o qual diante de uma prestação de facto negativo se não poderia recorrer aos meios coercivos sobre o devedor para impedir a prática de um ato. Se, v.g., alguém se compromete a não cantar em certo lugar, não poderia o credor impedi-lo coercivamente de o fazer. V. VAZ SERRA, *Objecto da obrigação – a prestação – as suas espécies, conteúdo e requisitos*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 1958, 74, 25; e RIBEIRO DE FARIA, *Direito...*, I, 70. A aceitação da afirmação pressupõe contudo que a prestação de facto negativo fosse instantânea. Tratando-se de prestação duradoura ou *in futurum* nada justificará a impossibilidade de recurso aos meios coercivos. Aliás, o simples e justo receio de infração do dever assumido já permite a possibilidade de se acionar o devedor mesmo antes de este não cumprir, conquanto reunidos os demais requisitos aos quais estão sujeitas as providências cautelares. Cfr. VAZ SERRA, *Anotação ao Acórdão do STJ de 30/4/1976*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 1977, 110, 159; e RIBEIRO DE FARIA, *Direito...*, I, 70, nota 1.

guém poderia ser coagido a praticar um facto a que se obrigou. A verdade, porém, é que nem a evolução histórica desta matéria, nem o sentido do aforismo em referência⁴, nem, ainda, o direito positivo português admitem como sustentável a ideia de que ao devedor de uma prestação de facto competiria o direito de escolher ou optar entre a realização da prestação ou, em alternativa, o pagamento de uma indemnização pelo incumprimento, sem possibilidade de coerção, conforme se demonstrará de seguida⁵.

§ 2 – NOTA HISTÓRICA; O BROCARDO *NEMO PRAECISE COGI POTEST AD FACTUM*. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

I – No estágio primitivo das sociedades e respetivos ordenamentos jurídicos a coercibilidade das normas jurídicas era

⁴ Têm, na realidade, absoluta pertinência as considerações P.R., *Presentazione a Salvatore Mazzamuto, L'attuazione degli obblighi di fare*, Nápoles, 1978, XIII, quando afirma que a doutrina e os juristas se apegam com frequência, com um sentido de aparente segurança, a fórmulas transláticas e procuram crescer ou engrandecer a verdade ou o mistério com palavras recebidas de tempos ou lugares longínquos. Como exemplo disso mesmo o autor cita a proposição «*nemo ad factum praecise cogi potest*». Para um estudo aprofundado acerca das origens históricas da regra em referência v., entre outros, JULES GÉNICON, *De l'origine de la règle nemo praecise potest cogi ad factum*, Bordéus, 1910.

⁵ Afirmando a improcedência, à luz do nosso direito, do princípio *nemo praecise ad factum cogi potest* pode ver-se, a título exemplificativo, e para já, PESSOA JORGE, *Direito...*, I, 426. A propósito da prestação de facto fungível o autor afirma, contudo, poderem surgir dúvidas acerca da admissibilidade de pagamento forçado. Nesse campo – considera – funciona em princípio plenamente (*sic*) o brocardo *nemo praecise ad factum cogi potest* (cfr., *op. cit.*, 428). Cfr., também, referindo o princípio em análise, TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa, 1997, 612; e CUNHA DE SÁ, *Modos de extinção das obrigações*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra, I, 2002, 177.

assegurada pelos próprios particulares⁶. No período das *legis actiones* do direito romano⁷, uma vez ultrapassada a *vindicta privata* e a lei de Talião, surge a *manus iniectio*⁸. O processo executivo gerado pelo incumprimento de uma obrigação exigia a prévia condenação ou confissão judicial da dívida⁹. Decorridos trinta dias sobre a sentença, o demandado era conduzido diante do pretor e o demandante, deitando-lhe a mão, proferia as seguintes palavras «*Quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium x milium, quodoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium x milium iudicati manum inicio*»¹⁰.

⁶ Cfr., a este respeito, JULES GÉNICON, *De l'origine de la règle nemo...*, 17 e 18; MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, I, 157; SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (Ius Romano)*, I, *Introdução. Fontes*, 4.^a edição, Coimbra, 2002, 209 e ss.; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção pecuniária compulsória*, 4.^a edição, Coimbra, 2002, 209 e ss.; SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – I – Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*, Coimbra, 2000, 295 e ss.. Cfr., ainda, deste último autor: *A execução: pessoal e patrimonial (Direito romano)*, separata da Revista *O direito*, 1993, 125, 277 e ss..

⁷ Para uma referência ao estado de coisas no direito grego cfr., por exemplo, CANTARELLA, *Obbligazioni (diritto greco)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, 552 e 553. Cfr., também, JULES GÉNICON, *De l'origine de la règle nemo...*, 16 e 17, com referência também, e entre outros, ao direito da Babilónia e do Egipto.

⁸ V., a título exemplificativo, SEBASTIÃO CRUZ, *Da solutio: terminologia, conceito e características e análise de vários institutos afins*, 1962, 17 e ss, maxime 28 e ss. 44 e ss.; *Direito...*, I, 186 e ss.; e SANTOS JUSTO, *Direito...*, I, 286 e ss.. Na literatura jurídica italiana pode ver-se, sempre com caráter indicativo, FERRARA, *L'esecuzione forzata indiretta*, Nápoles, 1915, 13 e ss.; LONGO, *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, 1957, 713 e ss.; PASQUALE VOCI, *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1966, XV, 422 e ss.

⁹ Embora a partir de certa altura tenham sido acrescentados créditos especiais, sendo concedida aos respetivos titulares a faculdade de utilização da *manus iniectio* sem necessidade de sentença que constataste a sua existência. A este respeito cfr., uma vez mais, e com caráter ilustrativo, SANTOS JUSTO, *Direito...*, I, 295 e 296.

¹⁰ *GAIUS*, 4, 22.

Caso se assistisse à intervenção de um *vindex*¹¹, suspendia-se, de imediato, a *legis actio per manus iniectio* para dar lugar a um novo processo no qual o juiz se pronunciava sobre a pertinência, ou não, da *manus iniectio*. Na eventualidade de o *vindex* faltar, o processo seguia a respetiva tramitação sobre a pessoa do devedor cuja liberação dependia do pagamento da dívida. Na ausência de semelhante pagamento era autorizada a execução do direito do credor sobre a pessoa do devedor. O credor era autorizado a levá-lo para sua casa, em cárcere privado, e a prendê-lo com grilhetas de peso não superior a quinze libras. O demandante ficava obrigado a manter vivo o devedor e a alimentá-lo com, no mínimo, uma libra de farinha por dia.

A detenção não poderia exceder os sessenta dias, período durante o qual o devedor era levado ao fórum três feiras consecutivas para que alguém resgatasse o débito. Nesse período, o devedor podia cumprir a obrigação ou pactuar¹² com o credor, designadamente através da prática do *nexum dare*, ou seja, entregando-se como súbdito nas mãos do credor¹³. Ultrapassados os sessenta dias sem se assistir ao resgate o devedor ficava à mercê do credor que o podia vender como escravo *trans Tiberium*, matá-lo ou esquartejá-lo. As fontes quer jurídicas quer literárias não documentam, porém, a existência de casos de aplicação das penas de maior rigor¹⁴. *Leges* especiais permiti-

¹¹ A respeito desta figura v. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito...*, I, 188 e ss.; SANTOS JUSTO, *Direito...*, I, 296; e na literatura jurídica italiana LONGO, *Esecuzione...*, in *Novissimo...*, VI, 713 e ss.; PASQUALE VOICI, *Esecuzione...*, in *Enciclopedia...*, XV, 422 e ss..

¹² A respeito das diferentes formas de pactuar v. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito...*, I, 191 e 192.

¹³ Embora não como escravo. Assim, SEBASTIÃO CRUZ, *Direito...*, I, 193.

¹⁴ Cfr., nesse sentido, e a título de exemplo como índice da *sententia communis*, SEBASTIÃO CRUZ, *Direito...*, I, 196; e SANTOS JUSTO, *Direito...*, I, 297. No sentido, contudo, segundo o qual apesar de não existirem exemplos históricos suscetíveis de serem invocados este tipo de penas

ram, ainda, a concessão da *manus iniectio* (pura), mas consentiam ao devedor executado que atuasse como se o seu próprio *vindex* fosse, e, portanto, permitindo-lhe libertar-se e dar origem a um litígio para verificar se o credor tinha, na realidade, direito à *manus iniectio*¹⁵.

II – A evolução subsequente conduziria à *Lex Poetelia Papira de nexis*, datada de 326 a. C., que começa a transferir e deslocar o centro de gravidade e força coativa do processo de execução da pessoa do devedor para o seu património. Estimulam-se as soluções negociadas, proíbe-se o *se nexum dare*, suprime-se a escravidão e a morte do devedor. Ainda assim, o devedor mantinha-se preso, em casa do credor, durante o período de inadimplemento¹⁶. Continuava a assistir-se, destarte, a uma responsabilidade de natureza pessoal. Contudo, a evolução iniciada pela *Lex Poetelia* avançaria rapidamente, com o cristianismo, por força dos princípios da *charitas* e de *fraternitas*¹⁷, para a responsabilidade pecuniária do devedor¹⁸.

III – No Direito romano, antes do processo extraordinária-

correspondia a uma realidade, pode ver-se nomeadamente, JULES GÉNICON, *De l'origine de la règle nemo...*, 24.

¹⁵ Para ulteriores pormenores a este respeito, v. SANTOS JUSTO, *Direito...*, I, 297.

¹⁶ A este respeito v., a título ilustrativo, ANTONIO MARCHI, *Storia e concetto della obbligazione romana*, Roma, 1912, 40 e ss..

¹⁷ Cfr. SEBASTIÃO CRUZ, *Da solutio...*, 17 e ss, maxime 44 e ss.; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 210, nota 386. V., também, JULES GÉNICON, *De l'origine de la règle nemo...*, 47 e ss., chamando, contudo, a atenção para o facto de apesar de combatida pela Igreja e proibida pelos sucessivos imperadores a prisão privada por dívidas subsistir de facto em certos períodos e partes do Império. Por outro lado, com frequência os tratamentos aos quais eram submetidos os devedores em prisão pública eram tão violentos como os que lhes eram infligidos nas prisões privadas.

¹⁸ Note-se, contudo, ter-se a prisão por dívidas mantido por largos séculos, numa manifestação de coexistência da responsabilidade pessoal e patrimonial. Portugal, um dos primeiros países a abolir – com algumas excepções – a privação de liberdade em caso de incumprimento, fá-lo-ia através de Lei datada de 20 de junho de 1774.

rio¹⁹, o juiz, simples particular desprovido de *imperium*, não podia coagir ou provocar uma execução forçada, *in natura*, em caso de inexecução da obrigação. Todas as condenações eram de natureza pecuniária. *CELSUS*²⁰ escreveria: «*Si quis promiserit prohibere se, ut aliquid damnum stipulator patiat, et faciat ne quod ex ea re damnum ita habetur, facit quod promiserit: si minus, quia non facit quod promiserit in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*²¹. Colocava-se, destarte, necessariamente um crédito em dinheiro no lugar do débito primitivo, quer se tratasse de uma obrigação de facto, de não fazer ou de dar coisa certa²².

Com o aparecimento da *cognitio extra ordinem* a administração da justiça fica convertida numa função estatal²³. O juiz, agente do Estado, passa a dispor dos meios coercivos necessários e o objeto da execução coincide com o objeto da obrigação²⁴. O juiz deve, tanto quanto possível, condenar numa *res certa* (desde que seja objeto da *actio*) ou numa quantia precisa em dinheiro, mesmo quando tenha sido reclamada quantia incerta²⁵. Tratando-se de condenação referente a uma *res certa*,

¹⁹ A propósito desta forma de processo, suas origens, características e tramitação, cfr., por todos, SANTOS JUSTO, *Direito...*, I, 386 e ss.. V., ainda, a propósito de quanto se refere no texto, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *Providência cautelar em pedido de condenação de uma prestação de facto: consulta*, separata da Revista *Lusitana*, Lisboa, 2003, 190.

²⁰ *CELSUS*, *libro VI. Digestorum* - D. 42, 1, 13, 1.

²¹ Glosadores e comentadores não se aperceberam de que o texto de *CELSUS* correspondia à regra geral. Para uma referência acerca da tripartição do objeto das obrigações em *dare, facere e praestare*, ao tempo dos romanos, v. MARIO TALAMANCA, *Obbligazioni (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, 30 e ss..

²² HENRI ROLAND e LAURENT BOYER, V.º Nemo..., in *Locutions...*, Lião, 1979, II, M a Z, 119 e ss..

²³ Cfr. SANTOS JUSTO, *Direito...*, I, 389.

²⁴ HENRI ROLAND e LAURENT BOYER, V.º Nemo..., in *Locutions...*, II, M a Z, 120.

²⁵ SANTOS JUSTO, *Direito...*, I, 405. Cfr., igualmente, ao nível das fontes *I.J.* 4, 6, 32.

o juiz podia decretar a reintegração da propriedade (*dare*), da posse (*tradere*) ou a simples exibição (*exhibere*)²⁶.

Tratando-se de ações destinadas a obter uma prestação cujo objeto consistisse num *facere* ou *non facere* ou nos casos em que a prestação da *res* não era possível, o juiz devia, contudo e excepcionalmente, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia em dinheiro logo determinada ou a determinar em função do interesse do autor²⁷. Justiniano determinou, na verdade, que se deveria evitar na medida do possível a condenação *ad factum* e ordenava de preferência o pagamento de uma sanção pecuniária ou a entrega de uma coisa^{28/29/30}.

²⁶ SANTOS JUSTO, *Direito...*, I, 405.V., igualmente, ORTOLAN, *Explication des Instituts de Justinian*, 4.^a edição, Paris, 1847, 545; MOYLE, *Introduction, commentary and excursus to Imperatoris Iustiniani Institutionum Libri quattuor*, 5.^a edição, Oxford, 1955, 562; ZULUETA, *The institutes of Gaius*, II, *Commentary*, Oxford, 1967, 263 e ss..

²⁷ *Idem*. Cfr., ainda, ao nível das fontes históricas, *I.J.* 4, 6, 32; *ULPIANUS*, *libro XVI. Ad Edictum* – D., 6. 1, 13; *CELSUS*, *Libro VI. Digestorum* –D., 42, 1, 13, 1.

²⁸ *I.J.* 4, 6, 32.

²⁹ Justiniano dispunha como limite máximo o *duplum* nas *actiones* derivadas de contratos ou destinadas à obtenção de uma quantia ou *res* certa. Nos restantes casos, nos quais se reclamasse um *incertum*, a indemnização devia ser fixada com moderação. Cfr., na nossa literatura, SANTOS JUSTO, *Direito...*, I, 405. Uma análise aprofundada da evolução verificada nesta matéria ao longo de todo o direito romano acompanhada de uma referência aos diversos meios de coação indireta pode ver-se em JULES GÉNICON, *De l'origine...*, *passim*.

³⁰ Encontrava-se difundida em períodos bastante tardios a prática de o credor recusar o direito de sepultura ao devedor enquanto os seus descendentes não pagassem a dívida ou oferecessem caução adequada, insurgindo-se ainda Justiniano contra este atentado cometido contra os restos dos mortos – numa prática que, segundo alguns, sugeriria a ideia de que a dívida se ligava ao corpo do devedor a tal ponto que este constituiria garantia do cumprimento da dívida – através da estipulação de penas contra quem adotasse semelhante comportamento. A este respeito v., por todos, JULES GÉNICON, *De l'origine de la règle nemo...*, 50 e 51.

IV – Glosando o texto de Justiniano, *BARTOLUS*^{31/32} retirará pela primeira vez as particularidades respetivas do *dare* e do *facere* ao escrever: «*Quando est in obligatione rem dari, quis praecise compellitur; in obligationibus autem facti non praecise compellitur, sed liberatur solvendo interesse*».

Caberia, porém, a *FABER* (1557-1624), conselheiro do Duque de Saboia, Presidente do Senado, crítico das interpolações tribunarianas que avançou da «crítica conjuntural» para a crítica decorrente da investigação do conteúdo dos textos³³, a formulação da máxima *nemo praecise cogi potest ad factum* tal como ela chegaria aos dias de hoje^{34/35}. E o autor do adágio

³¹ *BARTOLUS, In secundum digesti vetris partem commentaria*, Rub. *De actionibus empti et venditi*, L. *si res vendita*, n.º 12 [Lião, 1544, fol. 108, r].

³² Para uma análise aprofundada da execução da prestação de facto no direito intermédio v., por todos, JULES GÉNICON, *De l'origine de la règle nemo...*, 53 e ss.; MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Nápoles, 1978, 21 e ss., sublinhando a circunstância de o debate em torno da coercibilidade da prestação de facto ter surgido, sobretudo, em torno da coercibilidade da obrigação do vendedor de consignar a coisa vendida e, além disso, criticando a visão redutora da doutrina que tem estudado o tema da coercibilidade da prestação de facto entre glosadores e comentadores. A este respeito v., ao nível das fontes, Glosa, *Agitur*, D., Rub. *De actionibus empti et venditi*, L. *Si res vendita*, considerando que o devedor *liberari semper praestando interesse etiam si habet rem*, apesar da referência à posição contrária do inovador *MARTINUS DE GOSIA* [para uma referência e enquadramento da figura deste grande Doutor Bolonhês, v. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Representação voluntária em direito civil (ensaio de reconstrução dogmática)*, Coimbra, 2004, 199 e ss.]; Glosa, *Obligationibus*, D., Rub. *De re iudicata*, L., *Si quis promiserit*; *BARTOLUS, In secundam digesti novi partem praelectiones*, Rub. *De verborum obligationibus*, L. *Stipulationes non dividuntur* [Lião, 1546, fols. 26 e ss.]. Na verdade, não obstante algumas afirmações e tiradas de carácter geral por parte dos autores de então o tema não se afigurava de modo algum pacífico entre homens da glosa e comentadores.

³³ Para uma caracterização deste jurista v. WIEACKER, *História do direito privado moderno*, Tradução de A. M. Hespanha da 2.ª edição alemã, Lisboa, 1980, 179; e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação...*, 234.

³⁴ Cfr. *FABER, Rationalia in secundum partem Pandectarum*, Rub. *Si servi-*

acrescentava, como explicação ou motivo para a interdição, o argumento de que o ato de coagir à realização de uma prestação de facto se não poderia fazer sem violência e opressão³⁶.

V – Desenvolvidos posteriores, com marcos designadamente em *VINNIUS* (1558-1657)³⁷,^{38/39} e, depois, em

tus vindicetur, L. *Etsi forte*, § *Etiam de servitute* [S.L., «Petrum & Iacobum Chouet, 1676, 823].

³⁵ Neste sentido v., designadamente, JULES GÉNICON, *De l'origine de la règle nemo...*, 86 e ss.; HENRI ROLAND e LAURENT BOYER, V.º *Nemo...*, in *Locutions...*, II, M a Z, 120; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimen-to...*, 218 e 219; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *Providência...*, 190.

³⁶ Cfr., os autores citados na nota anterior. V., igualmente, FABER, *Rationalia...*, Rub. *Si servitus vindicetur*, L. *Etsi forte*, § *Etiam de servitute*, [823], que escreve: «*Nemo praecise cogitur ad factum, quia sine vi et impressione id fieri non posset, ideoque in obligationibus faciendi succedit praestatio eius quod interest*»; enquanto noutro local *Rationalia...*, Rub. L. § (l. 29 D. 9, 4) afirma «*nemo ad factum praecise cogi potest, quia id fieri nequit citra vim et impressionem: Et ideirco solemus dicere in obligationibus faciendi succedere praestationem eius quod interest (...)*»

³⁷ *VINNIUS*, *Commentarius in quattuor libros Institutionem imperialem commentarium*, Lib. III, T. XXIV *De emptione et venditione*, pr., 5 e ss. [Veneza, 1756, 740 e ss.].

³⁸ *ARNALDUS VINNIUS* era um dos grandes representantes da escola dos juristas holandeses. A respeito deste autor v. WIEACKER, *História...*, 180 e 181; e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação...*, 252 e 253.

³⁹ Mas não deixou de haver quem inclusivamente sustentasse a regra de que o credor não podia ser coagido à realização de uma obrigação de dar, posição essa traduzida no aforismo *nemo potest cogi ad traditionem*. Entre os partidários desta orientação encontrava-se, por exemplo, NOODT (1647-1725), que, tal como *VINNIUS*, foi um dos expoentes da jurisprudência elegante holandesa. Em sentido contrário v., porém, e de entre os autores do *ius commune*, designadamente, *CUJACIUS* (1522-1590) – considerado o maior historiador e exegeta da jurisprudência elegante. Cfr., acerca deste autor, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação...*, 233, *Recitationes solemnes ad titulum I. De actionibus empti et venditi. Lib. XIX. Digestor*, Rub. *De actionibus empti et venditi*, L. *Si res vendita* [in *Opera omnia*, «*Mutinae*», 1779, VII, cols 717 e ss.]; e mais tarde POTHIER, *Traité du contrat de vente*, in *Oeuvres de R. J. Pothier contenant les traités du droit*

POTHIER⁴⁰ levariam a que a regra *nemo potest cogi ad factum* apenas fosse aplicada aos *mera facta*.

POTHIER começaria por afirmar: «quando uma pessoa se encontra obrigada a fazer qualquer coisa, essa obrigação não dá ao credor o direito de coagir o devedor a fazer precisamente aquilo que ele se encontra obrigado a fazer, mas somente o de o fazer condenar ao pagamento de danos e interesses, por não ter satisfeito a sua obrigação.

É nesta obrigação de danos e interesses que se resolvem todas as obrigações de fazer alguma coisa; porquanto *nemo potest praecise cogi ad factum*»⁴¹. Porém, noutro local acrescentaria: «Enfim quanto ao que dizem que *nemo potest cogi ad factum* e que as obrigações que consistem em fazer algo se resolvem in id quod interest actoris, eu respondo que essa máxima só tem aplicação que se o facto compreendido na obrigação é um facto puro da pessoa do devedor, um *merum factum*; como quando alguém se obriga para comigo a me copiar os meus cadernos ou de me fazer um buraco, é evidente que eu não posso fazê-lo escrever ou trabalhar no buraco contra a sua vontade, e que a sua obrigação, em caso de recusa por ele de a executar, deve necessariamente resolver-se no pagamento de danos e interesses.»

A restrição operada por POTHIER não ficaria, contudo,

français, nova edição por Dupin Ainé, Bruxelas, 1831, I, n.º 68, 299 e 300. Para uma análise do estado da questão ao tempo da glosa e comentadores cfr. MAZZAMUTO, *L'attuazione...*, 17 e ss., e quanto se escreveu *supra* a propósito do princípio *nemo ad factum cogi potest* ao tempo. Para um estudo mais alargado do processo de execução durante o direito intermédio, muito centrado numa concepção ampla de contumácia, v. PERTILE, *Storia del diritto privato italiano*, VI, *Storia della procedura*, 1.ª e 2.ª partes, Turim, 1900-1902, *passim*, maxime, 2.ª parte, 327 e ss.; FERRARA, *L'esecuzione...*, 31 e ss.; LONGO, *Esecuzione forzata (diritto intermedio)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, 722 e 723; PIERO RASI, *Esecuzione forzata (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XV, 430 e ss., com amplas indicações, quer ao nível da bibliografia e fontes históricas, quer ao nível da bibliografia moderna. Cfr., também, MAZZAMUTO, *L'attuazione...*, 17 e ss.. Entre nós referência para CALVÃO DA SILVA, *Cumprimto...*, 215 e ss..

⁴⁰ Para uma referência à figura de POTHIER v. o nosso, *A representação...*, 285 e ss..

⁴¹ POTHIER, *Traité des obligations*, in *Oeuvres...*, I, n.º 157, 41.

por aqui. Na verdade o autor francês limitaria mais ainda o aforismo *nemo ad factum potest cogi* através do recurso à ideia de fungibilidade da prestação de facto⁴². Além disso, nas obrigações de não fazer permitiria a destruição da coisa criada ou construída em resultado do não cumprimento da obrigação negativa⁴³.

Em parágrafo dedicado às obrigações de fazer e de não fazer, incluído no capítulo referente aos efeitos das obrigações, e depois de afirmar uma vez mais a ideia segundo a qual nas prestações de facto, em caso de violação, o credor nada mais podia fazer do que intentar uma ação por perdas e danos POTHIER esclarece: «*se o que ele se tinha obrigado a fazer, e que fez com prejuízo para a sua obrigação, consiste nalguma coisa que possa ser destruída, o credor pode agir contra o seu devedor com vista à destruição.*»

No tocante à promessa de venda – e apesar de POTHIER considerar a obrigação daí emergente *quae non in dando, sed in faciendo consistunt*, e de sublinhar o princípio segundo o qual as obrigações *quae non sunt in dando, sed in faciendo* se resolvem, em caso de incumprimento, apenas num pedido de perdas e danos – é afirmada a possibilidade de ser proferida pelo juiz uma sentença cujo valor é igual ao do contrato definitivo⁴⁴.

A razão invocada pelo autor é simples. É que ao contrário, por exemplo, da obrigação assumida por alguém de copiar um caderno ou abrir um fosso, a promessa de venda não consiste num facto exterior e corporal.

VI – Apesar da lição de POTHIER, o Código Civil de Napoleão acabaria por reproduzir no essencial o ensinamento de FABER ao determinar, no artigo 1142.º: «*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout em dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.*»

Em favor de tal solução invocam-se considerações diversas: a inviolabilidade da pessoa humana, porquanto o ato de

⁴² CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 221.

⁴³ POTHIER, *Traité des obligations*, cit., in *Ouvres...*, I, n.º 158, 41.

⁴⁴ *Idem*, n.º 480, 397.

quebrar a vontade do devedor exigiria a utilização de meios violentos contrários à liberdade e à dignidade pessoal; a ineficácia da coerção ou o carácter defeituoso de uma execução obtida por essa via; a perturbação à paz pública causada pelo recurso a brutalidades entre os particulares, numa atuação contrária aos costumes vigentes⁴⁵.

Do ponto de vista da análise jurídico-dogmática parece, assim, possível uma construção segundo a qual, se o artigo 1142.º converte automaticamente em perdas e danos a obrigação de facto violada, então, isso dever-se-ia à circunstância de o *facere* não consistir *in obligatione* mas *in facultate solutionis*⁴⁶. A obrigação de fazer teria, pois, carácter facultativo para o devedor, cujo débito seria o valor pecuniário do facto prometido, mas que pode, se assim o desejar, libertar-se cumprindo por si mesmo⁴⁷. O que importaria esta maneira de ver seria a circunstância de o homem não poder, sem alienar a respetiva liberdade, obrigar a sua atividade. Por isso mesmo, a obrigação de fazer, ao reportar-se a um objeto impossível, não teria, de um ponto de vista civil, existência enquanto tal, dando apenas lugar a uma obrigação natural⁴⁸. Civil seria apenas a dívida em dinheiro representativa do valor do facto devido⁴⁹.

VII – Seja, porém, qual for a habilidade do raciocínio acabado de expor a verdade é que ele desemboca numa conclu-

⁴⁵ HENRI ROLAND e LAURENT BOYER, V.º Nemo..., in *Locutions...*, II, M a Z, 120.

⁴⁶ No sentido de que não resulta do direito romano ou do direito comum nenhuma regra no sentido de que o *facere* é não *in obligatione* mas *in facultate solutionis* v., entre nós, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *Providência...*, 191.

⁴⁷ HENRI ROLAND e LAURENT BOYER, V.º Nemo..., in *Locutions...*, II, M a Z, 121.

⁴⁸ Contra a possibilidade de semelhante entendimento no ordenamento jurídico romano e no *ius commune* v., EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *Providência...*, 191.

⁴⁹ HENRI ROLAND e LAURENT BOYER, V.º Nemo..., in *Locutions...*, II, M a Z, 121.

são inaceitável mesmo à luz do direito francês e do artigo 1142.º do respetivo *Code civil*⁵⁰. Logo nos trabalhos preparatórios do *Code civil* houve o cuidado de, em comentário ao texto do artigo em referência, se esclarecer que o propósito da disposição era, apenas, o de evitar o exercício de violência sobre a pessoa do obrigado. A doutrina permaneceu fiel, na sua larga maioria, à compreensão da prestação de facto em moldes semelhantes ao de qualquer outra, recusando-se a ver nela uma prestação alternativa ou com faculdade alternativa⁵¹. O mesmo aconteceu com a jurisprudência para a qual o facto prometido é *in obligatione*, nada se opondo, exceto circunstâncias particulares, a que o cumprimento seja objeto de execução coerciva. E de facto, o *Code Civil* francês consagra sem quaisquer margens para dúvidas diversos processos que permitem ao credor obter a satisfação direta do seu direito. Basta recordar aqui o disposto nos seus artigos 1143.º e 1144.º, correspondentes no essencial aos artigos 829.º e 828.º do nosso Código Civil⁵².

VIII – Ao longo da história do direito peninsular e português, à semelhança aliás dos outros ordenamentos jurídicos, encontra-se a prisão por dívidas⁵³. Assistiu-se, porém, a um atenuar, por parte da lei geral que se ocupou da matéria, do rigor das fontes visigóticas que permaneceram em determinadas regras de direito consuetudinário⁵⁴.

⁵⁰ *Idem.* V., também, na nossa literatura, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 224 e 225.

⁵¹ HENRI ROLAND e LAURENT BOYER, V.º *Nemo...*, in *Locutions...*, II, M a Z, 122.

⁵² Para uma análise mais pormenorizada acerca do alcance dos preceitos de direito francês em referência v., com caráter meramente exemplificativo, HENRI ROLAND e LAURENT BOYER, V.º *Nemo...*, in *Locutions...*, II, M a Z, 123 e ss..

⁵³ Cfr. GAMA BARROS, *História da administração pública em Portugal nos séculos XII e XV*, 2.ª, dir. Torquato de Sousa Soares, Lisboa, s.d., tomo VII, 23 e ss.; e ALMEIDA COSTA, *Direito...*, 85.

⁵⁴ Assim, também, ALMEIDA COSTA, *Direito...*, 85. Ao nível das fontes históricas v., relativamente ao direito de natureza consuetudinária da Re-

O primeiro diploma a tratar o instituto parece⁵⁵ ter sido um Regimento da Casa Real de 1258 que estabeleceu, designadamente, a proibição de aprisionamento do devedor se ele fosse solvente. A satisfação do credor fazia-se à custa dos bens do devedor, conforme os costumes e foro da terra onde o mesmo se encontrasse⁵⁶. Anos volvidos, em lei de 24 de Agosto de 1282, D. Dinis estabeleceu que a execução deveria correr primeiramente contra os bens móveis e, apenas na respetiva falta ou insuficiência, contra os imóveis, desde que o devedor, se porventura casado, não atuasse com fraude ou dolo em detrimento da respetiva mulher. Em caso de dolo ou fraude, com subtração de bens pelo devedor à execução, seria ele preso, mesmo na eventualidade de ter possibilidade de pagar a dívida, assim permanecendo até a integral satisfação do credor, exceto se este consentisse que o soltassem^{57/58}.

conquista, os costumes e foros de Castelo Bom (1188–1230), Alfaiates (1188–1230), Castelo Rodrigo (1209) e Castelo Melhor (1209), in *Portugalia Monumenta Historica. A saeculo octavo post Christum usque ad quintundecimum – Leges et consuetudines*, Lisboa, 1856, I, respetivamente, 774 – 1, 819 – penúltimo, 878 – LXV e 922 e 923 – último. Para uma pormenorizada análise quer da tradição visigótica quer do direito dos concelhos referidos nesta nota relevante para o nosso estudo v. GAMA BARROS, *História...*, VII, 25 e ss..

⁵⁵ V. ALMEIDA COSTA, *Direito...*, 85; e já antes GAMA BARROS, *História...*, VII, 23.

⁵⁶ ALMEIDA COSTA, *Direito...*, 85; na esteira de GAMA BARROS, *História...*, VII, 23. V., ainda, *Portugaliae Monumenta Historica...*, – *Leges...*, I, 200, Degredo 26, e 330, CCXXXIII.

⁵⁷ ALMEIDA COSTA, *Direito...*, 86. As Ordenações Afonsinas não transcreveram esta Lei mas referiram-se a ela no Livro III, T. 102, sob a epígrafe *Do Devedor, que emalhea os beens movees depois que he condenado, por se nom fazer execucom em elles*, na parte que ordena vender os bens de raiz só quando não cheguem os bens móveis («*El Rey Dom Diniz da Famoza Memoria em seu tempo estabelleceo, e poz Ley, que se algum fosse condenado a outro por sentença em certa quantidade de dinheiro, pam, vinho, &c, e nam pagasse ao tempo que lhe fosse assinado, fizessem execução em seus bens movees, que avondassem pera a dita condenaçãõ, e se esse con-*

Nas Cortes reunidas por D. João I em Lisboa em 1427, o povo queixou-se de que em feitos civis os juizes condenam as pessoas ao pagamento de somas em dinheiro, fazendo-os logo reter nas audiências como presos até que pagassem, apesar de possuírem bens para assegurar o cumprimento da obrigação, salvo se, envolvendo dolo, o caso fosse daqueles em que pela ordenação do reino devesse o réu ser preso e pagar a partir da cadeia⁵⁹.

As Ordenações Afonsinas referem-se em dois lugares a este capítulo das Cortes. Primeiro no L. IV, T. 67, onde se afirma ter o Rei respondido à queixa do povo «*que por effeitos civis nom prendam nenhuum, se tiver por onde pagar, salvo se for por feitos maliciosos, em que per a ordenaçom do Regno devam seer presos: e este Corregedor, ou Juiz, que o contrario fizer pague por cada vez mil reis brancos, dos quaes a metade*

denado fosse casado, e emalheasse os beens movees maliciozamente em dapno, e prejuizo da molher, por tal que se vendessem ende os de raiz, e ficasse a molher danificada, em tal caso mandou que fosse o condenado prezo [...]», solução penal alargada, posteriormente, a qualquer devedor que, depois de condenado, alienasse os respetivos bens para se não fazer execução neles, em prejuízo do credor), regra aliás já expressa no L. III, T. 93, sob a epígrafe «*Como primeiro se há de fazer execuçom nos beens moveis que nos de raiz*». A respeito de tudo isto v. GAMA BARROS, *História...*, VII, 24 e nota (1). Consulte-se, ainda, a Lei de 24 de agosto de 1282 no *Livro das Leis e Posturas*, edição da Faculdade de Direito de Lisboa, 1971, 182. Cfr., por último, *Ordenações Manuelinas*, preparadas por MARTIM DE ALBUQUERQUE e EDUARDO BORGES NUNES, edição da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1998, 164.

⁵⁸ Apesar de quanto se refere *supra* no texto, GAMA BARROS, *História...*, VII, 24 e 25, considera que as leis de D. Dinis e a sua confirmação nas Ordenações Afonsinas (Liv. III, 89 – sob a epígrafe *Dos Bulroões, e Inlizadores*) poderiam induzir em erro a prisão por dívidas restrita, desde então, ao devedor fraudulento. Contudo, o autor recorda como por força das tradições jurídicas a que fizemos já referência *supra* no presente parágrafo, em nota, não ser esse o direito do reino.

⁵⁹ Mais recentemente, a este respeito, v. GAMA BARROS, *História...*, VII, 27.

seja para quem o acusar e a outra metade para as obras do Concelho daquelle lugar, onde esto acontecer»; depois no L. V., T. 108, embora referindo terem as Cortes reunido em Évora. No T. 108, 4, as Ordenações limitam-se a impor o cumprimento de quanto se encontra referido nos títulos para onde aí se remete. Já no T. 67, 2 a 7, remetendo para L. III, T. 121, estabelecem-se desenvolvidamente as regras que se devem respeitar a este respeito, e que o legislador foi buscar ao direito romano⁶⁰.

O regime acabado de descrever manteve-se e desenvolveu-se nas Ordenações Manuelinas (L. IV, T. 52, sob a epígrafe *Dos que podem ser presos por dividas civis, ou criminaes, ou recomendados na cadea*) e nas Filipinas (L. IV, 76, epígrafa *Dos que podem ser presos por dividas cíveis, ou crimes*). Seria necessário esperar pelo § 19 da Carta de Lei de 20 de junho de 1774, depois interpretado em assento da Casa da Supplicação⁶¹, para que a prisão por dívidas fosse abolida, passan-

⁶⁰ Para um estudo acerca do modo como em substância se reduziam as referidas regras v. GAMA BARROS, *História...*, II, 27 e ss..

⁶¹ Assento de 18 de Agosto de 1774, in *Auxiliar jurídico, servindo de appendice á quarta decima edição do código Philipino ou ordenações do Reino de Portugal Recopiladas por El-Rey D. Philipe I*, (Cândido Mendes de Almeida), Rio de Janeiro, 1869, 265 e ss.. A respeito do § 19 da Lei de 20 de junho de 1774 e do Assento de 18 de agosto de 1774, v. RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *A legislação pombalina. Alguns aspectos fundamentais*, Coimbra, 1990, 148 e ss.. Cfr., também, ALMEIDA COSTA, *Direito...*, 86. Ao nível das fontes históricas v., por exemplo, CORREIA TELLES, *Digesto Portuguez*, Coimbra, I, 179, nota (b) ao artigo 1130. Na verdade, nem a lei nem o assento parecem ter abolido a pena de prisão a não ser no caso de devedor de boa-fé (v. PASCOAL DE MELLO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, tradução do Dr. MIGUEL PINTO DE MENEZES, *Boletim do Ministério da Justiça*, 1967, 162 e 1967, 168, respetivamente, 69 e 70, 103 e 131; LOBÃO, *Notas de uso pratico e criticas. Adições, ilustrações e remissões. Á imitação das de Muller a Struvio. Sobre todos os títulos e paragraphos do livro primeiro das Instituições do direito civil lusitano, do Doutor Paschoal de Mello Freire*, 4.^a edição, Lisboa, 1818, 251 e ss.). O desuso fez, contudo, que a solução fosse aplicada

do apenas a ser admitida nalguns poucos casos, como simples meio de forçar o devedor ao cumprimento⁶².

IX – No Código Civil português de 1867 a distinção entre prestação de facto e prestação de coisa encontrava-se prevista no artigo 710.º ao estabelecer:

«O contracto resolve-se ou na prestação de factos, ou na prestação de cousas».

Por sua vez o artigo 711.º/1 determinava:

«O que se obrigou a prestar algum facto, e deixou de o prestar, ou não o prestou conforme o estipulado, responde pela indemnização de perdas e danos (...)».

Este regime era depois completado pelos artigos 712.º e 713.º, onde respetivamente se estatua:

«O credor de prestação de facto pôde requerer, em logar de perdas e danos, que seja auctorizado a fazer prestar o dicto facto, à custa d'aquelle que está obrigado a elle, sendo isso possível, salvo se outra coisa tivesse sido estipulada.»

«O que se houver obrigado a não praticar algum facto, incorre na responsabilidade de perdas e danos, desde o momento da contravenção, e pôde o credor exigir que a obra feita, se obra feita houver, seja demolida à custa do que se obrigou a não a fazer».

Apesar destes preceitos consagrarem formas de execução específica muito próximas das atualmente constantes dos artigos 828.º e 829.º do Código Civil vigente, a doutrina mantinha, num fenómeno que de resto permanece, como vimos, nos autores mais modernos⁶³, a afirmação de que valia o princípio se-

indistintamente. Mas já muito antes o princípio segundo o qual o devedor podia ser preso por dívida era objeto de numerosas restrições em função do tipo de dívida, do estatuto social do devedor ou respetivo sexo. Cfr. MANUEL BARBOSA, *Remissiones doctorum, in librum quartum et quintum Ordinationum Regiarum Lusitanorum*, L. IV, T. LXXVI, *per totum* [Lisboa, 1681, 110 e ss.].

⁶² Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito...*, 86. V., também, COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, 4.ª edição, Coimbra, 1857, I, § 170, 115 e 116; ALBERTO DOS REIS, *Processo de execução*, I, Coimbra, 1943, 27 e ss..

⁶³ Assim, e por exemplo, PESSOA JORGE, *Direito...*, I, 428; TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...*, 612.

gundo o qual *nemo potest cogi ad factum*⁶⁴.

§ 3 – A COERÇÃO AO CUMPRIMENTO DE PRESTAÇÃO DE FACTO NO DIREITO PORTUGUÊS VIGENTE. A SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA. ANTECEDENTES. DIREITO COMPARADO

I – De acordo com o princípio estabelecido no artigo 817.º do Código Civil, não sendo a obrigação cumprida voluntariamente, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor, nos termos declarados naquele código e nas leis de processo. Antes de entrarmos, porém, na análise do preceito agora em referência deverá distinguir-se dentro da noção ampla de coerção ao cumprimento uma forma de coerção privada⁶⁵, de um lado, e uma forma de coerção pública, do outro, na qual estará compreendida a realização coativa da prestação.

A expressão «coerção privada» pode causar estranheza. O recurso à força, pelas próprias mãos, para assegurar um direito, encontra-se banido no nosso direito, conforme disposto no artigo 1.º do Código de Processo Civil, com excepção do disposto nos artigos 336.º a 339.º do Código Civil⁶⁶. Além dis-

⁶⁴ V., designadamente, DIAS FERREIRA, *Código civil português anotado*, Coimbra, II, 1985, comentário aos artigos 712.º e 713.º, 49. Recorde-se o facto de entre nós a prisão coercitiva no processo de execução estar prevista no CPC, artigos 854.º/2 e 3, e 904.º/3 e 4, eliminados pelo Decreto-Lei n.º 386/77, de 3 de setembro.

⁶⁵ A este respeito v., por todos, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 230 e ss..

⁶⁶ Convém referir a circunstância de o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio, ter expressamente vindo admitir a celebração de pacto comissório nos contratos de garantia financeira, permitindo, destarte, em caso de incumprimento, que o devedor possa fazer sua a coisa dada em garantia ou vendê-la, embora este preceito nos pareça configurar, nalguns aspetos, mais um pacto *marciano* do que propriamente um pacto comissório.

so, o artigo 2.º/2 do Código de Processo Civil determina expressamente corresponder a todo o direito, exceto quando a lei estabeleça o contrário, uma ação destinada a fazê-lo valer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação. Só que nada disto impede o sistema de deixar ao credor margem de manobra no sentido de, dentro de um contexto jurídico definido e delimitado, prevenir o incumprimento dos seus direitos e assegurar a respetiva salvaguarda fora das formas estaduais e, destarte, sem intervenção da autoridade pública⁶⁷. Isto ao ponto de ser frequente a previsão de meios privados de constrangimento indireto sobre a *voluntas* do devedor de forma a fazê-lo sentir, em caso de inadimplemento, consequências que tornem preferível e mais vantajoso o cumprimento do dever sobre ele pendente⁶⁸. Entre tais meios de constrangimento indireto contam-se, designadamente, a cláusula penal, o sinal, a cláusula de resolução expressa, o direito de retenção, a exceção de não cumprimento do contrato^{69/70}. Os três primeiros correspondem a modos de coerção privada ofensiva enquanto os segundos se traduzem em meios de coerção defensiva⁷¹. Como é bom de ver qualquer um deles

⁶⁷ *Idem*, 230 e 231.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ *Idem*, 231, 248 e ss., 280 e ss., 321 e ss., 329 e ss., 339 e ss..

⁷⁰ A lista poder-se-ia multiplicar largamente. Outros meios de constrangimento indireto igualmente apontados pela doutrina vão desde a simples ameaça de recurso ao tribunal, passando pela possibilidade de recurso à ação direta, à cláusula de reserva de propriedade, à venda judicial ou extrajudicial de penhor, à advertência de exigência de garantias adicionais de cumprimento das obrigações, à separação judicial ou divórcio, à ameaça de utilização de um título de crédito, à intimação de denúncia de contrato de duração indeterminada, à não renovação, até à compensação. Cfr. CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 241 a 243. V., igualmente, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, 4.ª edição, Coimbra, 1997, comentário ao artigo 817.º, 89.

⁷¹ *Idem*, 241 e ss..

é suscetível de ser usado quer perante o incumprimento de prestação de facto quer perante o inadimplemento de obrigação de dar ou de coisa. Pressuposto é apenas a verificação dos respetivos requisitos genéricos.

II – Independentemente dos meios privados de coerção a que fizemos antes referência, todo o credor dispõe ainda, no caso de a obrigação não ser voluntariamente cumprida, de uma garantia judiciária da obrigação, traduzida na possibilidade de exigir judicialmente o seu cumprimento⁷². Quer isto dizer que todo o credor tem a possibilidade de recorrer aos tribunais para, com recurso à força do Estado, conseguir a realização dos seus direitos.

A intervenção do tribunal coloca-se a dois níveis: o da ação de cumprimento e o da execução⁷³. Na ação de cumprimento o devedor solicita ao tribunal que condene o devedor a cumprir, se a prestação ainda puder ser efetuada, e porventura, ainda, ao pagamento de uma indemnização. Se entretanto a prestação se tiver impossibilitado, na ação de cumprimento o credor deve pedir, em lugar da efetivação da obrigação que se não pode já efetuar, a realização da correspondente indemnização.

Se o devedor judicialmente condenado não cumprir, ou se o credor dispuser já de um título executivo segue-se a realização coativa da prestação.

III – A execução de uma prestação pode ser específica ou não específica. Ela será específica quando o seu objetivo con-

⁷² GOMES DA SILVA, *Conceito e estrutura da obrigação*, Lisboa, 1943, 43 e ss.; VAZ SERRA, *Realização coactiva da prestação (Execução) (Regime civil)*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 73, 31 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, II, 461 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, 996 e 997; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, 271 e ss.; CUNHA DE SÁ, *Modos...*, in *Estudos...*, I, 175 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, II, *Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, 3.^a edição, Coimbra, 2005, 269 e ss..

⁷³ Assim, também, MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, II, 461.

siste na própria realização da prestação incumprida. Será não específica, ou execução *tout court*, quando o respetivo fim corresponde à obtenção de um valor patrimonial ou quantia pecuniária destinada a servir de sucedâneo da prestação não realizada⁷⁴.

São passíveis de execução específica as prestações referentes à entrega de coisa determinada (artigo 827.º do Código Civil), as prestações de facto fungível (artigo 828.º do Código Civil), as prestações de facto negativo e o contrato-promessa (artigo 830.º do Código Civil)⁷⁵. Na prestação para entrega de coisa determinada, o credor tem a faculdade de pedir, em execução, que a entrega lhe seja feita judicialmente. Na prestação de facto fungível, o credor da prestação tem a faculdade de requerer, em execução, que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor. Finalmente, se o devedor estiver obrigado a não praticar algum ato e vier a praticá-lo, tem o credor o direito de exigir que a obra, se obra houver, seja demolida à custa do que se obrigou a não fazer⁷⁶.

Já não admitem a execução específica, nem sequer indireta⁷⁷, a prestação pecuniária porquanto essa obrigação pode ser cumprida com qualquer moeda com curso legal, retirada

⁷⁴ Cfr., neste mesmo sentido, com simples caráter indicativo da *sententia communis*, MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, II, 463; e TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...*, 611.

⁷⁵ Embora o artigo 830.º do Código Civil seja extensível a outras situações em que exista a obrigação de contratar. Para uma separação e distinção entre as situações de execução específica propriamente ditas, de um lado, e a execução específica prevista e regulada no artigo 830.º do Código Civil v. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...*, 611.

⁷⁶ Nos termos do artigo 828.º/2 do Código Civil cessa o direito conferido no n.º 1, havendo apenas lugar à indemnização, se o prejuízo da demolição para o devedor for consideravelmente superior ao prejuízo sofrido pelo credor.

⁷⁷ Para uma distinção entre a execução específica direta e indireta v. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...*, 601 e ss., designadamente 617 e 618 a 620.

diretamente do património do devedor, nem a prestação de facto infungível porque esse facto não poder ser efetuado por um terceiro⁷⁸.

Em função da prestação que se executa, a ação executiva pode classificar-se em execução: a) para o pagamento de quantia certa; b) para a entrega de coisa certa; c) e a prestação de facto, conforme disposto no artigo 45.º/2 do CPC⁷⁹. Na primeira, o credor reclama a prestação de uma quantia em dinheiro. Na segunda, uma coisa determinada. Finalmente, na terceira, requer que o devedor pratique um facto positivo ou negativo. A cada uma delas correspondem formas de processo particulares. A ação para pagamento de quantia certa encontra-se prevista e regulada nos artigos 811.º e seguintes, a ação para entrega de coisa certa nos artigos 928.º e seguintes, e a ação para prestação de facto nos artigos 933.º e seguintes, todos do CPC⁸⁰.

IV – A execução para pagamento de quantia certa aplica-se às prestações pecuniárias, embora surjam dúvidas quanto à execução em moeda estrangeira⁸¹. Na execução para pagamento de quantia certa realiza-se a penhora dos bens do executado, traduzida numa apreensão judicial dos seus bens para, através deles, se dar satisfação ao direito do credor. Essa satisfação

⁷⁸ Cfr., por todos, TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...*, 611.

⁷⁹ A classificação legal encontra-se indiciada ao fim da prestação. E justamente nessa perspetiva, por exemplo, MENEZES LEITÃO, *Direito...*, II, 270, distingue as várias ações executivas em função do fim. Contudo, e tal como notado por TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...*, 613, o critério decisivo da classificação é a prestação constante do título executivo.

⁸⁰ A este respeito v., entre outros, TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...*, 612 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direito...*, II, 269 e ss.. Cfr., ainda, ANA PAULA COSTA E SILVA, *A reforma da acção executiva*, 3.ª edição, Coimbra, 2003, 133 e ss.; TEIXEIRA DE SOUSA, *A reforma da acção executiva*, Lisboa, 2004, 213 e ss..

⁸¹ TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...*, 612. V., ainda, para uma breve referência às diversas formas de processo executivo, MENEZES LEITÃO, *Direito...*, II, 269 e ss.. Cfr., também, CUNHA DE SÁ, *Modos...*, in *Estudos...*, I, 179 e ss..

pode ter lugar através da entrega de quantia em dinheiro, adjudicação dos bens penhorados, consignação judicial de rendimentos ou pelo produto da respetiva venda (artigo 872.º/1 do CPC). Em regra, procede-se à venda dos bens do devedor através de uma das modalidades previstas no artigo 886.º do CPC. A venda será, contudo, dispensada no caso de o credor requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados para pagamento do seu crédito, nos termos previstos e regulados nos artigos 875.º e seguintes do CPC. Ela pode igualmente ser dispensada se, antes da venda ou adjudicação, o exequente requerer ao agente de execução que lhe sejam consignados os rendimentos de imóveis sujeitos a registo, em pagamento do seu crédito.

Na execução para entrega de coisa certa, sendo esta encontrada, procede-se à respetiva entrega judicial ao credor nos termos dos artigos 930.º e seguintes do CPC. Quando não seja encontrada a coisa que o exequente devia receber, este pode, no mesmo processo, fazer liquidar o seu valor e o prejuízo resultante da falta de entrega, observando-se o disposto nos artigos 378.º, 380.º e 805.º do CPC, com as necessárias adaptações. Feita a liquidação procede-se à penhora dos bens necessários para o pagamento da quantia apurada, seguindo-se os demais termos do processo de execução para pagamento de quantia certa.

Na execução para prestação de facto haverá que distinguir consoante se trate de prestação de facto positivo ou negativo. Se alguém estiver obrigado a prestar um facto fungível em prazo certo e não cumprir, o credor pode requerer a prestação por outrem, bem como indemnização moratória a que tenha direito, ou indemnização do dano sofrido com a não realização da prestação, conforme o estabelecido na primeira parte do artigo 933.º do CPC. Na eventualidade de o credor optar pela indemnização estabelece a lei haver uma conversão para execução para pagamento de quantia certa (artigos 931.º e 934.º do CPC). Quando a obrigação do devedor consista em não praticar

algum facto o credor pode requerer, no caso da violação, que esta seja verificada por meio de perícia e que o tribunal ordene a demolição da obra que porventura tenha sido feita e a indemnização do exequente pelo prejuízo sofrido (primeira parte do artigo 941.º/1 do CPC). Quando não haja lugar a demolição, com fundamento na circunstância de a destruição causar ao executado prejuízo consideravelmente superior ao que a obra provocou ao credor, o juiz fixará apenas o montante da indemnização. Nesta eventualidade o processo sofrerá, igualmente, conversão para execução de quantia certa (artigos 931.º, 934.º e 942.º/2 do CPC).

Visto não ser possível a execução específica de uma prestação de facto infungível, pode colocar-se a dúvida se a execução de semelhante prestação deve seguir a forma estabelecida para a prestação de facto antes referida⁸². Poder-se-ia argumentar que, atendendo à circunstância de a execução de facto infungível não poder impor a realização de um comportamento pessoal, e, destarte, não permitir obter mais do que um sucedâneo patrimonial da prestação violada, não faria sentido utilizar a execução para prestação de facto. Não é, contudo, assim. O tipo de execução é determinado pela prestação constante do título executivo (artigo 45.º/1 do CPC). *Ergo* mesmo quando se reconheça não ser nunca possível conseguir a execução da prestação não cumprida deve usar-se a execução correspondente àquela prestação⁸³.

V – A circunstância de, em última análise, a execução da prestação de facto acabar por não visar diretamente a própria prestação a que o executado se encontra obrigado não permite contudo a afirmação segundo a qual valeria aqui o princípio *nemo praecise ad factum cogi potest*⁸⁴.

⁸² A este respeito cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...*, 611.

⁸³ *Idem*, 611 e 612.

⁸⁴ Em sentido contrário antes da revisão do regime da ação executiva v., contudo, TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...*, 612. Cfr., também, CUNHA

Recorde-se, antes de mais, o facto de naqueles casos em que está em causa uma prestação de facto infungível, positivo ou negativo, nos quais não é viável o recurso à execução específica, o artigo 829.º-A/1 do Código Civil admitir, exceto se estiverem em causa especiais qualidades artísticas ou científicas do obrigado, a possibilidade de o credor requerer que o devedor seja condenado ao pagamento de quantia certa por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, conforme for mais conveniente às circunstâncias de cada caso.

Trata-se, conforme teremos oportunidade de demonstrar com mais pormenor adiante, de um claro mecanismo destinado a compelir e constranger o devedor de prestação de facto infungível⁸⁵ e, portanto, claramente contrário ao princípio segundo o qual não poderia existir coação nas prestações de facto⁸⁶.

A sanção pecuniária compulsória foi, sucessivamente, alargada às providências cautelares, primeiro, e à execução de prestação de facto positivo e negativo, depois. Relativamente às primeiras, o artigo 384.º/2 do CPC determina ser sempre admissível a fixação, nos termos da lei civil, da sanção pecuni-

DE SÁ, *Modos...*, in *Estudos...*, I, 177.

⁸⁵ Neste mesmo sentido v., a título meramente ilustrativo, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, *passim*, e designadamente 393 e ss.; PINTO MONTEIRO, *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 46, 763; ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão do STJ de 5-11-1983*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 1988-1989, 121, 218; MENEZES CORDEIRO, *Embargos de terceiro, reintegração de trabalhadores e sanções pecuniárias compulsórias – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Novembro de 1998*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1998, III, 1229; CUNHA DE SÁ, *Modos...*, in *Estudos...*, I, 177 e 178; MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 6 e ss., *maxime* 10 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direito...*, II, 269 e ss.

⁸⁶ Ao qual se somam ainda os meios coativos privados a que fizemos referência *supra* no § 3, I, e que valem também para a prestação de facto incluindo a infungível.

ária compulsória que se mostre adequada a assegurar a efetividade da providência decretada. No tocante às segundas, a admissibilidade de fixação de uma sanção pecuniária compulsória na execução encontra-se prevista nos artigos 933.º/1 e 941.º/1 do CPC. Antes, porém, de procurarmos sublinhar e evidenciar os traços essenciais da figura, agora em referência, indiciadores da circunstância de estarmos diante de uma forma de coerção do devedor de prestação de facto infungível, iremos dedicar algumas linhas à análise de figuras paralelas e conexas com a sanção pecuniária compulsória em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros relevantes.

§ 3. 1 – A TÉCNICA COERCITIVA DA *ASTREINTE*. ORIGEM E ALARGAMENTO

I – A sanção pecuniária compulsória encontra, apesar de certas particularidades específicas, as correspondentes origens na *astreinte*, como é, de resto, claramente confirmado no Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de junho⁸⁷.

A *astreinte* traduz-se numa forma de coação ou de constrangimento indireto criado pelos tribunais franceses nos começos de Oitocentos, sem o apoio de qualquer base legal⁸⁸.

⁸⁷ MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer (Providência cautelar – Sanção pecuniária – CAUÇÃO)*, inédito, Lisboa, 2002, 6 e ss., cujas linhas se seguem aqui com proximidade.

⁸⁸ CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 375. Cfr., igualmente, PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, 1990, 117; GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 7.ª edição, Coimbra, 448 e 449; MENEZES CORDEIRO, *Embargos...*, in *Revista...*, 1998, III, 1225; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, 991 e 992, e nota 3; MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 6; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito...*, II, 273 e 274. Cfr., também, na Doutrina italiana, com caráter ilustrativo, FERRARA, *L'esecuzione...*, 77 e ss.; e, em França, igualmente a título de exemplo, JULES GÉNICON, *De l'origine de la règle nemo...*, 101 e ss.; M. A. ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1903, 5 e ss.;

Com este meio o julgador associa à condenação principal do devedor ao adimplemento do respetivo vínculo – *maxime* de prestação de facto positivo ou negativo – uma penalidade ou sanção pecuniária correspondente à duração do atraso no cumprimento ou por cada violação praticada pelo obrigado⁸⁹.

Conquanto com uma alma própria, a *astreinte* apareceria de início no contexto das perdas e danos. Aos poucos, contudo, ela autonomizar-se-ia e romperia de modo definitivo a respetiva ligação aos modelos indemnizatórios e ressarcitórios. A fratura surgiria de modo completo em 1972, por força de lei de 5 de julho. Neste diploma compreendia-se, quer a *astreinte* provisória, quer a definitiva⁹⁰, como emancipada da indemnização, podendo o tribunal ordená-la *ex officio*. A *astreinte* adota, destarte, um inquestionável cunho cominatório e coercitivo e, por conseguinte, a compleição de um meio de constrangi-

HENRI LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 4.^a edição., Paris, 1949, 96 e ss., 193 e s.; P. KAYSER, *L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1953, 209 e ss.; E. DU RUSQUEC, *La nature juridique de l'astreinte en matière civile*, in *La semaine juridique*, 1993, n.º 37, 3699; YVES CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Paris, 1983, 898 e ss.; EMMANUEL BLANC, *Les nouvelles procédures d'exécution*, 2.^a edição, Paris, 1994, 57 e ss.; PIERRE JULIEN, *Annotation. Cour de Cassation, 2.e Chambre Civile, 25-06-1997*, in *Recueil Dalloz. Jurisprudence*, 1997, 563 e ss.; MARC DONNIER e JEAN-BAPTISTE DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 6.^a edição, 2001, 107 e ss..

⁸⁹ CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 375 e 376; MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 7.

⁹⁰ A respeito das noções de *astreinte* provisória e definitiva cfr, a título ilustrativo, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 375 e ss.; também PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, in *Boletim da Faculdade de Direito, Suplemento*, XXXVIII, Coimbra, 1985, 183, nota 436; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, 992. Basicamente, na primeira, o julgador reserva-se a possibilidade de a alterar para mais ou para menos. Na segunda, a definitiva, o juiz afasta a faculdade de revisão. Assim, igualmente, MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 6, nota 3.

mento destinado a impelir, constringer e forçar o cumprimento de uma obrigação judicial e a realizar o cumprimento do dever ao qual o devedor foi condenado⁹¹.

II – Válido e enérgico meio de assegurar a justiça, a *astreinte* seria sujeita a um rápido desenvolvimento a extravasar as fronteiras do país onde ela foi concebida⁹². Ela aparece como um potente modo de garantir o prestígio dos tribunais e entende-se, destarte, que tenha sido longamente solicitado pela doutrina portuguesa um meio de pressão sobre a *voluntas* do devedor dela adjacente⁹³.

§ 3.2 – A TÉCNICA COERCITIVA DO *CONTEMPT OF COURT*

I – Importante é, ainda, a técnica de pressão sobre a *voluntas* do devedor, seguida pelo sistema anglo-americano através da *legal doctrine of contempt of Court*. De forma esquemática dir-se-á que a expressão *contempt of Court* provém do latim *contemptus*, e traduz a ideia de desdém pelo tribunal, deso-

⁹¹ A propósito da evolução relatada v., por todos, PINTO MONTEIRO, *Cláusulas...*, in *Boletim...*, XXXVIII, 182 e ss.; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 375 e 376; MENEZES CORDEIRO, *Embargos de terceiro, Reintegração de trabalhadores e sanções pecuniárias compulsórias...*, in *Revista da Ordem Dos Advogados*, 1998, III, 1225; MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 7 e 8. Acerca do caráter cominatório ou coercitivo da *astreinte* v., ainda, na literatura jurídica francesa, a título meramente indicativo, KAYSER, *L'astreinte...*, in *Revue...*, 1953, 209 e ss.

⁹² V., entre outros, os autores mencionados na nota anterior.

⁹³ V., por exemplo, quanto escreviam a este respeito VAZ SERRA, *Responsabilidade Patrimonial*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 75, 21 e ss.; e MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 3.^a edição, Coimbra, 1985, 186 nota (2). Cfr., também, a este respeito MENEZES CORDEIRO, *Embargos de terceiro, Reintegração de trabalhadores e sanções pecuniárias compulsórias...*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1998, III, 1226. Finalmente, v., no sentido de quanto se vem referindo no texto, MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 7 e 8.

bediência à autoridade judicial, à justiça e à sua nobreza e respeitabilidade⁹⁴. Discute-se a origem da figura do *contempt of Court*, já presente nos primeiros tempos da história de Inglaterra e da Coroa. Para uns, a sua génese encontrar-se-ia no direito romano, podendo isso mesmo ser comprovado através de alguns textos como, por exemplo, *ULPIANUS, Libro I. ad edictum* – D., 2, 3, pr., nos quais se conferiria poder aos magistrados para punir quem desobedecesse às decisões judiciais. Para outros, proviria do direito canónico. Finalmente, de acordo com uma terceira tese, lançaria as respetivas raízes em institutos provenientes do direito germânico. Não nos iremos embrenhar, porém, na questão da procedência desta medida. Sublinharemos, tão-só, o facto de que, se é verdade não se poder imputar a fundação desta figura diretamente à *common law*, também parece não se dever duvidar da circunstância de ela ter

⁹⁴ V., uma vez mais, de entre a nossa literatura, nomeadamente, PINTO MONTEIRO, *Cláusulas...*, in *Boletim...*, XXXVIII, 182 e ss., notas (435) e 184; Id., *Cláusula...*, 122 e 123; MOTA PINTO, *Teoria ...*, 186 nota (2); e 4.^a edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra, 2005; e CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 382 e ss.. Cfr., ainda, MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 9, que se continua a seguir de muito perto. Na doutrina italiana cfr., por exemplo, FERRARA, *L'esecuzione...*, 75 e ss.; e ALDO FRIGNANI, *Il «Contempt of Court» quale sanzione per l'inesecuzione dell' «injunction»*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura Civile*, 1972, XXVI, 112 e ss., com múltiplas indicações. Entre o autores de língua francesa refira-se, por exemplo, PAUL BARATIER, *La procédure de Contempt of Court*, in *Revue du droit public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1963, 79, 205 e s.. Em espanhol pode consultar-se GELSI BIDART, *Médios indirectos de ejecución de las sentencias: contempt of court y astreintes*, in *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 1952, 83 e ss.. Finalmente, na literatura jurídica anglo-saxónica v., por todos, para uma referência às várias formas de *enforcement*, entre as quais se inclui o *contempt of court*, PETER BIRKS, *English Private Law*, II, § 19 *Civil Procedure*, por NEIL ANDREWS, Oxford, 2000, 897 e ss.. Cfr., também, sempre com carácter ilustrativo, TERENCE INGMAN, *The english legal process*, 7.^a edição, Londres, 1998, 127 e ss..

atingido aí particular pujança⁹⁵.

II – Compreendendo um largo espectro de agravos e desconsiderações às decisões e ordens judiciais, ao ponto de ter sido já considerado o *Proteus* do mundo jurídico, a figura do desprezo ou desconsideração pelo tribunal contempla a possibilidade de o obrigado incumpridor ser considerado envolvido em *contempt of Court* e condenado a prisão e/ou pagamento de uma multa. O sistema possui caráter geral⁹⁶.

§ 3.3 – A TÉCNICA DE COERÇÃO MEDIANTE ZWANGSGELD/ZWANGSHAFT E DE ORDNUNGSGELD/ORDNUNGSHAFT DO DIREITO ALEMÃO

I – Relativamente às prestações de facto positivo infungível e às prestações de facto negativo igualmente infungível o Código de Processo Civil alemão contemplou nos seus §§ 888 e 890 medidas de compulsão⁹⁷.

⁹⁵ Cfr. FRIGNANI, *Il «contempt...», XXVI*, 116 e s..

⁹⁶ Cfr. MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 9.

⁹⁷ A este respeito v., entre nós, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 380 e ss.; PINTO MONTEIRO, *Cláusula...*, 121 e 122; MENEZES CORDEIRO, *Embargos...*, in *Revista...*, 58, III, 1224; enquanto em Itália destacamos FERRARA, *L'esecuzione...*, 66 e ss.. De entre os autores tudescos referência, sempre com caráter meramente ilustrativo, para ZIERES, *Die Straffestsetzung zur Erzwingung und Duldungen*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1972, I, 751 e ss.; WOLFGANG BREHM, *Die Zwangsvollstreckung nach §§ 888, 890 n. F. ZPO*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1975, I, 249 a 251; GUNTAU, *Fälle zum Vollstreckungsrecht nach §§ 887-890 Z.P.O.*, in *Juristische Schulung*, 1983, 23, 687 e ss., 782 e ss., 939 e ss.; SCHILKEN, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 2.^a edição, Munique, 2001, III, comentário aos §§ 887, 880 e 890, 558 e ss.; Id., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Aktualisierungsband. ZPO-Reform 2002 und weitere Reformgesetze*, 2.^a edição, Munique, 2002, comentário aos §§ 888 e 890, 761 a 763.

De acordo com o primeiro dos dois preceitos, se um ato não pode ser executado por terceiro e depende exclusivamente da *voluntas* do vinculado, deve o tribunal, a pedido do credor, declarar que o devedor é obrigado ao cumprimento sob ameaça do pagamento de uma soma em dinheiro (a chamada *Zwangsgeld*) e, na eventualidade de esta não poder ser cobrada, de prisão coercitiva (apelidada de *Zwangshaft*)⁹⁸.

Por força do segundo, se o devedor não cumpre a obrigação de se abster ou realizar um ato, será, a pedido do credor, por cada contravenção individual, condenado pelo tribunal ou a uma sanção pecuniária (*Ordnungsgeld*) ou a uma prisão coercitiva (*Ordnungshaft*).

II – Verifica-se, assim, como na técnica do direito alemão, ao lado das sanções compulsórias, se preveem igualmente medidas de coerção pessoal, de prisão compulsória, confinada às prestações insuscetíveis de execução específica⁹⁹.

§ 3.4. – A TÉCNICA DE COERÇÃO CONSAGRADA NO ARTIGO 829.º-A DO CÓDIGO CIVIL E NOS ARTIGOS 933.º/1, 941.º/1 e 342.º/2 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

I – A sanção pecuniária compulsória foi contemplada pela primeira vez, no nosso ordenamento, pelo artigo 829.º-A do Código Civil, na redação do Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de junho. Determina-se no seu n.º 1 que, relativamente às prestações de facto infungível, positivo ou negativo, exceto nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o *tribunal deve*, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, conforme for

⁹⁸ A sanção só é aplicável aos atos infungíveis.

⁹⁹ V., a este respeito, na nossa literatura PINTO MONTEIRO, *Cláusula...*, 121 e 122.

mais conveniente às circunstâncias do caso^{100/101}.

Daqui se extrai admitir a nossa lei o instituto nos seguintes casos:

- Só pode operar em obrigações de prestação de facto infungível.
- O tribunal não pode atuar *ex officio*. A injunção da providência está dependente de requerimento do devedor.
- A sanção pecuniária pode reportar-se a cada dia de atraso no cumprimento ou a cada infração, conforme as circunstâncias.

Estatui ainda o artigo 829.º-A que a sanção pecuniária compulsória *será fixada sem prejuízo da indemnização a que houver lugar* (n.º 2). Para além disso, e tal como disposto no artigo 829.º-A/3, o montante da sanção pecuniária compulsória reverte, em partes iguais, em favor do credor e do Estado.

II – O mecanismo legal consente conclusões extremamente precisas quanto à razão de ser da sanção pecuniária compulsória prevista no artigo 829.º-A do Código Civil, seu sentido, e alcance¹⁰².

A sanção pecuniária compulsória surge, desde logo, como um meio de constrangimento destinado a pressionar e dobrar o obrigado recalcitrante de modo a acatar a decisão do juiz e a cumprir a sua obrigação, sob pena de lhe serem infligidos determinados prejuízos¹⁰³. De acordo com o próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de junho, ela tem uma «(...)

¹⁰⁰ V., nomeadamente, MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 10, que voltamos a seguir de modo muito próximo.

¹⁰¹ Acerca de qual o alcance do artigo 829.º-A/4 v., por todos, PINTO MONTEIRO, *Cláusula...*, 126 e ss..

¹⁰² MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 11, que continuamos a seguir.

¹⁰³ Cfr., por exemplo, ANTUNES VARELA, *Anotação...*, in *Revista...*, 121, 218; e MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 11.

dupla finalidade de moralidade e eficácia, pois com ela se reforça a soberania dos tribunais, o respeito pelas suas decisões e o prestígio da justiça, enquanto por outro lado se favorece a execução específica das obrigações de prestação de facto ou de abstenção infungíveis»¹⁰⁴. Entende-se, por conseguinte, que a nossa literatura jurídica veja na sanção pecuniária compulsória, de forma pacífica, um instrumento coercitivo¹⁰⁵. Aliás, alguns autores e jurisprudência estrangeira não hesitam sequer em considerar estar-se aqui perante um meio de constrangimento não patrimonial mas, sim, pessoal¹⁰⁶.

Dado que o fim da sanção pecuniária compulsória «não é o de reparar danos causados pela falta de cumprimento pontual mas o de dobrar ou vergar a vontade do devedor rebelde o seu montante será fixado sem relação alguma com o dano so-

¹⁰⁴ Chamando a atenção para a importância destas considerações pelo seu valor interpretativo, MENEZES CORDEIRO, *Embargos de terceiro, Reintegração de trabalhadores e sanções pecuniárias compulsórias...*, in *Revista...*, 1998, III, 1226. Cfr., igualmente, MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 11 e nota (8).

¹⁰⁵ Assim, v., a título meramente ilustrativo, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, *passim*, e designadamente 393 e ss.; PINTO MONTEIRO, *Contratos...*, in *Revista...*, 46, 763; ANTUNES VARELA, *Anotação...*, in *Revista...*, 121, 218, para quem o pretendido pelo legislador com esta nova medida coercitiva foi assegurar (...) «pela força, pela ameaça à bruta (passe a expressão) – graças a sanção ditatorialmente imposta pelo juiz – o cumprimento (voluntário (?)) embora não espontâneo das prestações de facto não fungível»; MENEZES CORDEIRO, *Embargos...*, in *Revista...*, 1998, III, 1229; CUNHA DE SÁ, *Modos...*, in *Estudos...*, I, 177 e 178; MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 6 e ss., maxime 10 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direito...*, II, 269 e ss.. Ao nível da jurisprudência cfr., por exemplo, *STJ*, 9-5-2002 (ARAÚJO BARROS), in *www.dgsi.pt* (sanção pecuniária compulsória – obrigação – cumprimento).

¹⁰⁶ V., a este respeito, por exemplo, SARA ARAGONES, «*Las astreintes*» (*su aplicación al derecho espanhol*), Madrid, 1985, 91 e ss.; e MARC DONNIER e JEAN BAPTISTE DONNIER, *Voies...*, 128.

*frido pelo credor»*¹⁰⁷.

A sanção pecuniária compulsória é absolutamente independente da indemnização eventualmente fixada em resultado do incumprimento da obrigação¹⁰⁸. A sanção não possui carácter ou natureza reparatória¹⁰⁹ ou indemnizatória¹¹⁰. Destarte, ela é independente da existência ou extensão do dano resultante do cumprimento pontual e atempado¹¹¹, não apresentando com ele qualquer relação¹¹². Igualmente por isso, a sanção pecuniária compulsória deve ser decretada mesmo se o devedor fizer pro-

¹⁰⁷ CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 420. V, ainda, MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 12. Cfr., também, e por último, ANTUNES VARELA, *Anotação...*, in *Revista...*, 121, 218.

¹⁰⁸ Assim, como manifestação de uma *sententia communis* incontestada, v. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas...*, in *Boletim...*, XXXVIII, 186; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 410 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Embargos...*, in *Revista...*, 1998, III, 1229; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, 994; CUNHA DE SÁ, *Modos...*, in *Estudos...*, I, 178; MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 12, cujos termos se continuam a percorrer; MENEZES LEITÃO, *Direito...*, II, 273 e 274 e ss.. Ao nível da jurisprudência v., no sentido claro de que a sanção pecuniária compulsória não funciona como indemnização, *RL, 19-12-1991* (SILVA PAIXÃO), in *Colectânea de Jurisprudência*, 1991, V, 145 e ss. (sanção pecuniária – ação executiva).

¹⁰⁹ V. a doutrina recenseada na nota anterior e, nomeadamente, PINTO MONTEIRO, *Cláusulas...*, in *Boletim...*, XXXVIII, p. 187.

¹¹⁰ CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 410; MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 12; e CUNHA DE SÁ, *Modos...*, in *Estudos...*, I, 176.

¹¹¹ CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 410; MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 12.

¹¹² CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 420; MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 12. Para uma distinção entre a sanção pecuniária compulsória e a cláusula penal v. CALVÃO DA SILVA, *Anotação Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de 3 de Novembro de 1983. Direitos de autor, cláusula penal e sanção compulsória*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1987, 47, 147; PINTO MONTEIRO, *Cláusula...*, 129 e ss..

va da ausência de dano sofrido, não sendo o seu montante fixado em função do prejuízo eventualmente emergente do não cumprimento da obrigação em falta¹¹³. Sem semelhante autonomia e independência seria o próprio caráter cominatório da sanção a ficar em causa¹¹⁴. Por tudo isto, o artigo 829.º-A/2 do Código Civil determina expressamente não prejudicar a sanção pecuniária a indemnização a que houver lugar. Onde, também, ser a sanção aplicável não apenas quando não exista indemnização por não se apurar qualquer prejuízo, como ser, além disso, cumulável com a referida indemnização¹¹⁵. A sanção não gera qualquer obrigação alternativa ou com faculdade alternativa. Ela faz nascer uma nova obrigação para o devedor¹¹⁶.

A providência é decretada e fixada, pelo juiz, de acordo com critérios de razoabilidade. Contudo, uma vez requerido o cumprimento sob cominação de sanção pecuniária compulsória o tribunal tem o dever, e não apenas o poder, de a ordenar. Ele não pode recusar a respetiva aplicação. Quer isto dizer que o tribunal, na esteira dos regimes alemão e austríaco não julga soberanamente a oportunidade de impor ou não a sanção pecuniária compulsória pedida pelo credor^{117/118}.

Uma vez decretada, a sanção pecuniária compulsória tor-

¹¹³ Assim, expressamente, v. CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 410; MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 12.

¹¹⁴ CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 411; MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 12.

¹¹⁵ Neste sentido, e a título meramente indicativo de uma orientação absolutamente assente, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 410 e ss.; e MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 12; MENEZES LEITÃO, *Direito...*, II, 273 e 274.

¹¹⁶ CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 417; MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 12.

¹¹⁷ CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 429; MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 12.

¹¹⁸ O artigo 829.º-A/1 é inequívoco ao estabelecer «(...) o tribunal deve, a requerimento do credor ao pagamento de uma quantia pecuniária (...)».

na-se definitiva. Ela é insuscetível de revisão officiosamente ou a requerimento das partes^{119/120}. Em síntese, perante a sanção pecuniária compulsória, ao devedor só resta uma alternativa: submeter-se ou sofrer as consequências da sanção, vedada que está a eventual moderação (ou supressão) do montante determinado pelo juiz¹²¹.

A quantia liquidada reverte, em partes iguais, para o credor e o Estado. Este fim da quantia apurada avizinha esta providência das sanções de *contempt of Court* de direito inglês¹²², pondo, ainda, em destaque o facto de a sanção pecuniária compulsória proteger não apenas o interesse particular de compelir à satisfação do crédito, mas também o interesse coletivo de as obrigações serem regularmente cumpridas¹²³ e as decisões dos tribunais acatadas.

III – Depois de consagrada pelo Código Civil, a sanção pecuniária compulsória mereceria ainda referência por parte dos artigos 933.º/1, 941.º/1 e 342.º/2 do Código de Processo

¹¹⁹ ALMEIDA COSTA, *Direito...*, 995; MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 13 e 14.

¹²⁰ Trata-se de uma consequência resultante da circunstância de o nosso legislador não ter, como é sabido, adoptado entre nós qualquer esquema semelhante à «*astreinte*» provisória. De facto, na nossa lei só se encontra prevista a sanção pecuniária compulsória definitiva. Assim, também, MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 14, nota 23.

¹²¹ CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 436 e 437; MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 13.

¹²² Expressamente neste sentido v. ALMEIDA COSTA, *Direito...*, 995, nota (2); e MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 13.

¹²³ MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 14; MENEZES LEITÃO, *Direito...*, II, 73 e 274. Esta repartição do montante da pena, entre o credor interessado e o Estado, permite falar, ainda, em pena derivada. Assim, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Embargos de terceiro, Reintegração de trabalhadores e sanções pecuniárias compulsórias...*, in *Revista...*, 1998, III, 1229; e MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 14 nota (26).

Civil. Os dois primeiros reportam-se à ação executiva. O terceiro é relativo aos procedimentos cautelares.

O artigo 933.º/1, 2.ª parte, permite que a sanção pecuniária compulsória seja fixada pelo juiz de execução¹²⁴, sem contudo especificar quais os moldes e condições em que essa fixação pode ocorrer¹²⁵. Uma construção possível seria a de entender que a fixação pode ser requerida em qualquer execução para prestação de facto infungível. Como refere a propósito TEIXEIRA DE SOUSA¹²⁶, isso implicaria que, se a sanção fosse definida para cada dia de atraso no cumprimento da obrigação, o devedor continuaria a ser penalizado pela sanção pecuniária durante a execução. Tratar-se-ia, contudo, de um resultado inaceitável¹²⁷, nomeadamente pelo facto de a sanção pecuniária compulsória pretender compelir o devedor a realizar

¹²⁴ Trata-se de disposição importante face à existência de jurisprudência que no passado não admitia a imposição desta sanção em ação executiva. Cfr., por exemplo, *RL, 19-12-1991* (SILVA PAIXÃO), in *Colectânea de Jurisprudência*, 1991, V, 145 (sanção pecuniária compulsória – ação executiva); *RL, 13-1-1993* (DINIS ROLDÃO), in *Colectânea de Jurisprudência*, 1993, I, 174 e ss. (execução para prestação de facto – sanção pecuniária compulsória – embargos de executado); *RL, 22-4-1999* (URBANO DIAS), in *Colectânea de Jurisprudência*, 1999, II, 124 (sanção pecuniária compulsória judicial – ação executiva). A solução era também perfilhada por MENEZES CORDEIRO, *Embargos...*, in *Revista...*, 58, III, 1231 e ss.. Contra, v., por exemplo, *STJ, 19-4-2001* (DIONÍSIO CORREIA) in *Adenda a CALVÃO DA SILVA, Cumprimento...*, 513 e ss. (aplicabilidade de sanção compulsória em processo executivo), com amplas referências ao estado da jurisprudência ao tempo. A este respeito cfr., ainda, CALVÃO DA SILVA, *Processo executivo e sanção pecuniária compulsória*, in *O Direito*, 1995, 243 e ss.; *Processo executivo e sanção pecuniária compulsória*, in *Estudos de direito civil e de processo civil (Pareceres)*, Coimbra, 1996, 261; *Adenda*, cit., a *Cumprimento...*, 520 e ss., com abundância de indicações jurisprudenciais e doutrinárias.

¹²⁵ Assim, também, TEIXEIRA DE SOUSA, *A reforma...*, 218. A lei permite ainda que o credor requeira o pagamento de quantia devida a título de sanção pecuniária compulsória em que o devedor tenha sido já condenado.

¹²⁶ *A reforma...*, 218.

¹²⁷ *Idem.*

a prestação e, por isso, salvo no caso previsto no artigo 829.º-A/4, não poderia ser conjugada com a execução da prestação porque, quando o credor optou pela execução, já desistiu de obter a realização voluntária de prestação pelo obrigado¹²⁸. Nestes termos, a sanção pecuniária compulsória só poderia ser fixada na execução quando nela fosse igualmente estabelecido prazo para a prestação de facto nos termos dos artigos 939.º e 940.º do CPC¹²⁹. Em apoio de semelhante conclusão poder-se-ia invocar, ainda, um elemento textual retirado do artigo 939.º/1, 2.ª parte, porquanto esse preceito estabelece que o exequente, além de indicar o prazo por ele reputado de suficiente para o cumprimento da prestação pelo executado, também pode requerer a aplicação ou fixação da sanção pecuniária compulsória. Tudo a indiciar a circunstância de o requerimento de aplicação da sanção pecuniária compulsória só poder ocorrer em simultâneo com o requerimento de determinação do prazo de realização do facto¹³⁰. Este raciocínio não pode rejeitar-se liminarmente. Não o temos, contudo, e com a devida vénia, por absolutamente líquido e incontroverso.

Repare-se, antes de mais, na circunstância de o artigo 939.º do CPC se aplicar aos casos nos quais o prazo para a prestação se não encontra determinado no título executivo.

Também não nos parece, com a devida vénia, incontestável a afirmação segundo a qual na eventualidade de o credor optar pela ação executiva já desistiu de obter a realização voluntária da prestação pelo devedor. Lembre-se a circunstância de, tratando-se de prestação de facto infungível, não ter o credor a possibilidade de obter através da execução a própria prestação, sendo além disso extremamente difícil neste tipo de casos avaliar com exatidão os danos causados ao credor pela ina-

¹²⁸ *Idem.*

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ *Idem.*, 218 e 219.

dimplência da obrigação¹³¹. É, destarte, defensável sustentar que, mesmo admitindo o desejo do credor de definir de uma vez por todas a respectiva situação jurídica através do recurso ao processo de execução, ele continua a ter interesse em que durante o mencionado processo se insista na tentativa de vergar o devedor de molde levá-lo a realizar a prestação em falta, pois esta será para ele certamente preferível.

Além disso, e mesmo quando, na verdade, se possa considerar que na execução o credor já desistiu da realização voluntária da prestação, afigura-se questionável a ideia segundo a qual o cumprimento realizado pelo devedor sob efeito de uma sanção pecuniária compulsória é, ainda, voluntário e mais questionável será considerá-lo espontâneo^{132/133}.

¹³¹ Sublinhando este último facto pode ver-se ANTUNES VARELA, *Anotação...*, in *Revista...*, 121, 218.

¹³² Questionando a voluntariedade e a qualidade de cumprimento do comportamento realizado sob a ameaça de uma sanção pecuniária compulsória e assegurando a respetiva falta de espontaneidade, v. ANTUNES VARELA, *Anotação...*, in *Revista...*, 121, 218. São suas as seguintes palavras a propósito da solução consagrada no artigo 828.º-A do Código Civil: «*O que o diploma pretendeu com a introdução da nova medida coercitiva no sistema jurídico português foi assegurar pela força, pela ameaça, à bruta (...) o cumprimento (voluntário? embora não espontâneo) das prestações de facto não fungível – relativamente às quais não é viável o recurso à execução forçada e quase sempre se torna muito difícil avaliar com exactidão os danos causados ao credor com a inadimplência do obrigado.*» Diríamos que a possibilidade de aplicação e fixação da sanção pecuniária compulsória, em qualquer circunstância e mesmo independentemente da fixação de prazo, parece resultar particularmente adequada à sua função e razão de ser. Trata-se, como bem sublinha a propósito CALVÃO DA SILVA, *Adenda*, cit., a *Cumprimento...*, 540 e 542, de «*mecanismo coercitivo que mira a realização (cumprimento, “execução”) em forma específica das obrigações infungíveis e o respeito pela justiça, não há dúvida de que os dois objectivos por ela perseguidos podem ser alcançados em processo executivo. (...) É sabido, com efeito, que a realização da prestação devida pode ter lugar no próprio processo executivo. Veja-se o artigo 916.º do Código de Processo Civil – aplicável também às execuções para a entrega de coisa certa e para a prestação de facto (cfr. artigo 466.º do Código de Processo Civil) –*,

Tratando-se de violação de prestação de *non facere*, se a situação resultante do incumprimento da obrigação não for removível e, destarte, a reconstituição natural estiver excluída, o exequente só pode solicitar a indemnização pelo incumprimento e a eventual sanção pecuniária compulsória ou a respetiva fixação pelo juiz de execução nos termos do artigo 941.º/1 do CPC¹³⁴. Nesta eventualidade, a fixação de sanção pecuniária compulsória em processo de execução só pode valer como forma de prevenir novos incumprimentos da mesma obrigação,

nos termos do qual em qualquer estado do processo pode o executado fazer cessar a execução, cumprindo. Consequentemente o credor pode requerer a execução de prestação de facto infungível sob a sanção pecuniária compulsória, a fim de ainda forçar o devedor a realizar ele mesmo a prestação devida e evitar a conversão da execução de prestação de facto em pagamento de quantia certa. (...) O segundo objectivo perseguido pela sanção pecuniária compulsória – o respeito pela justiça, à autoridade das decisões judiciais – é óbvio ainda no processo executivo, não só em sentenças que condenem ao cumprimento de obrigação infungível, mas ainda em todos os títulos executivos (...) em que essa obrigação fique declarada ou constituída. (...) A partir do momento em que esteja definitivamente assente, definitivamente certa a existência do direito do credor-exequente, a não realização da prestação devida pelo devedor constitui desrespeito à justiça, à injunção judicial (mais ou menos expressa, mais ou menos tácita) de cumprimento dada ao executado sob sanção pecuniária compulsória». Ao ponto de se poder afirmar: «(...) processo executivo será mesmo o (...) lugar natural» para a sanção pecuniária compulsória.

¹³³ E *quid iuris* na eventualidade de o devedor já ter sido condenado a uma sanção pecuniária compulsória antes de instaurado o processo executivo? Também nesse caso se deverá entender que a respetiva execução, a par com a da prestação devida, nos termos do artigo 933.º/1, faz cessar o pagamento das quantias devidas por cada dia de atraso ou por cada infração? Com o devido respeito, não nos parece dever distinguir-se, para estes efeitos, as hipóteses de prestação infungível previstas no artigo 829.º-A/1 daquelas mencionadas no artigo 829.º-A/4 (em sentido contrário v., porém, TEIXEIRA DE SOUSA, *A reforma...*, 218), mesmo porque até à conclusão do processo executivo continua a haver desrespeito pela decisão judicial proferida em processo declarativo.

¹³⁴ Assim, expressamente, TEIXEIRA DE SOUSA, *Reforma...*, 220.

porquanto, afastada a reconstituição natural, não é possível eliminar ou apagar a violação da obrigação de facto negativo já consumada e justificativa da propositura da ação¹³⁵.

IV – Nos termos do artigo 342.º/2 do Código de Processo Civil, «*É sempre admissível a fixação, nos termos da lei civil, da sanção pecuniária compulsória que se mostre adequada a assegurar a efetividade da providência decretada*».

Ao remeter para a lei civil, o Código de Processo Civil garante, desde logo, que a sanção pecuniária compulsória deve ser decretada nos termos do artigo 829.º-A do Código Civil¹³⁶. Isto quer dizer que, tal como a prevista no Código Civil, a sanção decretada no âmbito de uma providência cautelar, e nos termos da lei processual, não tem por objetivo reparar danos; é independente da indemnização a que houver lugar, fazendo nascer para o devedor uma nova obrigação ou dever; uma vez requerida deve ser decretada pelo tribunal; é definitiva, não podendo ser revista; e reverte em partes iguais para o credor e para o Estado^{137/138}.

Porém, o Código de Processo Civil não se resume a remeter para a lei substantiva. De facto, o artigo 384.º/2 acrescenta, ainda, que a sanção deve ser a adequada a assegurar a efetividade da providência decretada. Este aspeto evidencia, claramente, como aquela aproximação já detetada entre a sanção pecuniária compulsória prevista no artigo 829.º-A do Código Civil, de um lado, e o *contempt of Court* (desprezo pelo tribunal) do direito inglês, do outro, se encontra bem visível e patente no caso do artigo 387.º/2 do Código de Processo Ci-

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 15.

¹³⁷ A respeito destas características da sanção pecuniária compulsória prevista e regulada no artigo 829.º-A do Código Civil v. quanto se escreveu *supra* no presente §, sob II. Cfr., igualmente, as fontes aí citadas.

¹³⁸ MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 15.

vil¹³⁹. O que está em causa é assegurar a obediência à providência cautelar. Aliás, o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro é claro ao sublinhar: «*no que se reporta à garantia da efectividade da providência cautelar, propõe-se a incriminação como desobediência qualificada do acto traduzido no respectivo desrespeito, estabelecendo-se, ainda, em termos amplos, a possibilidade do recurso à sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829.º-A do Código Civil*». Ou seja: sendo decretada uma sanção pecuniária compulsória em sede de providência cautelar, o devedor, independentemente de vir, ou não, a ganhar a ação principal, ou cumpre ou sujeita-se a um conjunto de medidas características da figura de direito inglês de *contempt of Court* e, designadamente, ao pagamento das quantias decretadas a título de sanção pecuniária¹⁴⁰. A infração, no caso de não acatamento das decisões e comportamentos impostos pela providência cautelar, consiste no desrespeito, por si só, pela sentença do tribunal¹⁴¹. A desobediência e violação do imposto pela providência apresentam-se de modo autónomo e independente da circunstância de o credor vir, ou não, a decair na ação principal. O caráter coercitivo da medida é aqui bem patente. Não se vê, pois, na nossa

¹³⁹ *Idem.*

¹⁴⁰ *Idem*, 15 e 16.

¹⁴¹ Por isso, e se, na presença do artigo 829.º-A do Código Civil, já era possível afirmar-se que «*Resulta da origem do preceito e da sua teleologia que se visa reforçar a autoridade do Tribunal, compelindo o devedor ao cumprimento de algo que já está judicialmente fixado*» (MENEZES CORDEIRO, *Embargos de terceiro, Reintegração de trabalhadores e sanções pecuniárias compulsórias...*, in *Revista...*, 1998, III, 1228), a afirmação ganha ainda maior razão de ser e dimensão no caso do artigo 384.º/2 do Código de Processo Civil. Esta circunstância de a sanção pecuniária compulsória se destinar a garantir a autoridade dos tribunais dá-nos, ainda, uma outra importante nota quanto ao seu âmbito de aplicação. Toda a lógica do instituto pressupõe uma decisão transitada em julgado. V., também, sobre tudo isto MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 15 e 16.

opinião, como alegar que, perante o real e efetivo incumprimento da providência cautelar, o requerido vencedor da ação principal deveria ficar desobrigado do pagamento da sanção pecuniária compulsória, atenta a circunstância de a referida providência ser acessória da ação definitiva e seguir o respetivo destino. Semelhante argumentação não considera, na nossa perspetiva, e com o devido respeito, a teleologia e razão de ser da possibilidade de imposição da sanção pecuniária compulsória em sede de providência cautelar¹⁴², sendo que, como bem nota a propósito CASTANHEIRA NEVES¹⁴³, depois do *Zweck im Recht* de JHERING, e da sua conseqüente projeção metodológica por HECK, a teleologia passou a ser a dimensão caracterizadora do pensamento jurídico, em termos de se poder dizer ter o finalismo triunfado sobre o formalismo. No fundo, o raciocínio por nós aqui rejeitado teria tanta viabilidade como afirmar cessar o crime de desobediência qualificada resultante do infringir de uma providência cautelar se o requerente decair na ação principal. Na verdade, os valores e fins acautelados quer pelo artigo 384.º/2 quer pelo artigo 391.º (ambos do CPC), apesar de previstos no contexto de uma ação dependente de outra, são em si mesmos autónomos e independentes do destino da causa capital. A ofensa a esses fins consuma-se com o não acatamento, e em cada não acatamento, da providência cautelar independentemente do desfecho do processo. Em toda a viola-

¹⁴² Até porque essa dependência nem sempre é real. Na verdade, e conforme refere TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...*, 246 e 247, por vezes a providência cautelar substitui totalmente os efeitos da ação principal. Pense-se, no exemplo referido pelo Autor, na eventualidade de os proprietários obterem a restituição provisória de um navio que os trabalhadores de um estaleiro retinham durante uma greve. Muitas outras hipóteses ou casos modelares poderiam ser referidos, com particular acuidade no domínio das prestações de facto infungíveis.

¹⁴³ Cfr., por exemplo, do Autor, *O actual problema metodológico da realização do direito*, in *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra, 1995, 273.

ção ou não acatamento da decisão do juiz é a própria autoridade judicial a ser desprezada, ofendida, posta em causa e atingida. Por isso, aplicam-se as sanções estipuladas por lei mesmo se o requerido vier a triunfar no final. Insista-se: apesar da dependência da providência cautelar relativamente à ação principal, os valores protegidos, quer pelo artigo 384.º/2, quer pelo artigo 391.º do CPC são autónomos e independentes. Eles são definitiva e irremediavelmente atingidos na eventualidade de a medida cautelar não ser observada^{144,145}.

V – Trilhado este caminho não parece continuar a restar margem para se insistir na afirmação da impossibilidade de alguém ser condenado ou coagido à prática de um facto a que se obrigou^{146,147}, sem sequer se colocar em causa ou contestar a

¹⁴⁴ Neste sentido, também, MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 14 e ss..

¹⁴⁵ E bem se compreende que assim seja face à natureza pública que a finalidade de reforço das decisões confere à sanção pecuniária compulsória – natureza essa sublinhada, por exemplo, por PINTO MONTEIRO, *Cláusula...*, 134.

¹⁴⁶ São, aliás, inúmeros os exemplos de condenação à realização de uma prestação de facto infungível. Logo em sede de providência cautelar pode ver-se ordenando a realização de prestações de facto, infungível ou não, positivo ou negativo, *STJ*, 30-4-1976 (MIGUEL CAEIRO), in *www.dgsi.pt* (providência cautelar não especificada – concorrência desleal – gerente comercial); *RP*, 17-6-1980, in *Colectânea de Jurisprudência* (FERNANDES VIEIRA), 1980, III, 99 (providências cautelares não especificadas – continuação da obra pelo seu dono); *RE*, 3-7-1980 (PINTO FERREIRA), in *Colectânea de Jurisprudência*, 1980, IV, 250 (providências cautelares – perigo de lesão – registo da propriedade); *RE*, 10-12-1981 (AUGUSTO GOUVEIA), in *Colectânea de Jurisprudência*, 1981, V, 28 (providência cautelar não especificada – contrato-promessa); *RC*, 31-9-1989 (CUNHA LOPES), in *Colectânea de Jurisprudência*, 89, I, 52 (providência cautelar não especificada); *RC*, 8-11-1991 (VIRGÍLIO DE OLIVEIRA), in *Colectânea de Jurisprudência*, 1991, I, 39 (providência cautelar não especificada – entrega do local arrendado); *RL*, 27-4-1995 (CAMPOS OLIVEIRA), in *Colectânea de Jurisprudência*, 95, II, 130 (providência cautelar não especificada – indeferimento liminar); *STJ*, 9-7-1997 (BALTASAR COELHO), in *Boletim do Ministério da Justiça*, 419, 631 (providência cautelar não

circunstância de a sanção pecuniária compulsória não consistir ou representar ela própria uma forma de execução, nem mesmo sub-rogatória. Para além de outros meios de coerção privada, o nosso legislador estabeleceu para as prestações de facto infungível o mecanismo da sanção pecuniária compulsória, destinado, precisamente, a forçar o devedor à realização da prestação. Sanção que pode ser fixada em processo declarativo, em processo de execução e em sede de providência cautelar. Não parece, também, existir qualquer espaço para considerar a prestação de facto como uma mera obrigação natural, obrigação alternativa ou com faculdade alternativa¹⁴⁸. Deve, aliás, subli-

especificada – consentimento conjugal).

¹⁴⁷ Afirmando não ter passado para o direito vigente o princípio *nemo prae-cise cogi potest ad factum* v. EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *Providência...*, 193, e sublinhando que o meio de coerção (a sanção pecuniária compulsória) para o cumprimento de prestação de facto infungível é imposto pelo tribunal, ao devedor, sem qualquer violência, constrangimento da sua pessoa, aspetos cuja necessidade de preservação o adágio em referência pretendida traduzir. V., também, CALVÃO DA SILVA, *Adenda a Cumprimento...*, 537, quando escreve: «*porque constatou a insuficiência, a inaptidão, a incapacidade de o processo executivo actuar a sentença de condenação ou qualquer outro título que certificasse, de modo tido por suficiente por lei, a existência de um obrigação infungível, é que o legislador não se resignou, não cruzou os braços, e introduziu a técnica coercitiva da sanção pecuniária compulsória, válida para todas as prestações infungíveis cuja realização coactiva não contenda com direitos de personalidade. (...) Vale dizer, noutra formulação, que a introdução da sanção pecuniária compulsória veio colmatar uma lacuna existente no processo executivo, a lacuna da incapacidade de actuar in natura a obrigação infungível a que está adstrito e a que aquele tem direito, sem que logo à partida tenha de contentar-se com o recurso à técnica sucedânea da execução por equivalente.*»

¹⁴⁸ E também se não vislumbra qualquer razão para considerar existir nelas uma qualquer alteração da natureza jurídica do ato de cumprimento. Para uma análise geral acerca da natureza do ato de cumprimento cfr. VAZ SERRA, *Do cumprimento como modo de extinção das obrigações*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 1953, 34, 10 e ss.; Id., *Enriquecimento sem causa*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 1958, 81, 42 e ss.; CUNHA DE SÁ, *Direito ao cumprimento e direito a cumprir*, in *Revista de Direito e*

nhar-se como em sede de providência cautelar o regime legal pode ser, em certa perspetiva, inclusivamente mais pesado e dotado de maior força coerciva tratando-se de prestação de facto infungível do que na eventualidade de em causa estar uma prestação de diversa natureza. Na verdade, enquanto na generalidade das hipóteses a providência cautelar pode ser substituída por caução adequada, a pedido do requerido, conquanto a caução se mostre suficiente para prevenir a lesão ou repará-la integralmente, não parece existir semelhante possibilidade na eventualidade de ter sido decretada sanção pecuniária compulsória¹⁴⁹. É este um assunto ao qual dedicaremos de seguida a nossa atenção.

§ 3.5 – A IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR CAUÇÃO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA PREVISTA NO ARTIGO 342.º/2 DO CÓDIGO DE PRO-

Estudos sociais, 1973, ano 20, n.ºs 2, 3 e 4, 149 e ss.; PESSOA JORGE, *Direito...*, I, 415 e ss.; ROSARIO NICOLÒ, *Adempimento (diritto civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1958, I, 558 (autor segundo o qual o adimplemento seria um ato jurídico não negocial); MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, II, 207 (sublinhando não ser o cumprimento um negócio jurídico nem um ato jurídico *stricto sensu*, pela razão simples de faltar nele a voluntariedade. Dito de outra maneira, ele não é normativamente livre. Por isso, parece não restar outra alternativa senão vê-lo como um facto jurídico *stricto sensu*); VITTORINO PIETROBON, *Errore, Volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Pádua, 1990, 164 e ss.; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1990, II, 249 e ss.; CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, separata do volume XXXVIII do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1994, Coimbra, 1994 35, nota (56); CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 89 e ss.; e ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, II, 19 nota (1); JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento forçado – os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, 1998, 527 e ss.; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação...*, 778, nota (939); MENEZES LEITÃO, *Direito...*, II, 172 e ss..

¹⁴⁹ Na mesma direção cfr. MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 17 e ss..

CESSO CIVIL

I – A finalidade e objetivo da caução prevista no artigo 387.º/2 do CPC é, nos expressos termos da lei, a de prevenir a lesão ou repará-la integralmente. Quer dizer: a caução destina-se a prevenir a lesão ou assegurar a reparação integral dos prejuízos que, em caso de ganho de causa, o requerente teria direito de ver indemnizados¹⁵⁰.

Basta esta simples menção para logo se constatar a inadequação e impossibilidade lógica de aceitação de caução quando tenha sido fixada uma sanção pecuniária compulsória em sede de providência¹⁵¹.

Verificámos antes como a sanção pecuniária compulsória somente é admissível quando em causa esteja uma prestação de facto infungível, ou seja, uma prestação em que o interesse do credor apenas pode ser, direta e imediatamente, satisfeito através da realização do comportamento do devedor. Considerando esta sua característica, e pela sua própria natureza, as prestações de facto infungível devem, desde logo, ter-se por incaucionáveis¹⁵². Ergo, e porque a sanção pecuniária compulsória depende da circunstância de em jogo se encontrar a realização de uma prestação de facto infungível, não pode, *ipso facto*, admitir-se a respetiva substituição por caução.

Além disso, e tal como se constatou, a sanção pecuniária compulsória tem natureza coercitiva¹⁵³, é independente dos mecanismos indemnizatórios e ressarcitórios, não gera qualquer tipo de obrigação alternativa ou com função alternativa. Ela representa a ameaça de um prejuízo ou mal. A respetiva eficácia depende, pois, da sua certeza¹⁵⁴. Em compensação, a

¹⁵⁰ Assim, também, MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 17 e ss..

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² *Idem*.

¹⁵³ Cfr. *supra* o § precedente.

¹⁵⁴ Conforme sublinha a propósito CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*,

aceitação de prestação de caução traduz-se numa verdadeira autorização dada ao requerido¹⁵⁵ – e, destarte, já em contradição direta com a finalidade coercitiva da sanção pecuniária compulsória¹⁵⁶ –, para afastar a certeza e firmeza da sanção e para torná-la dependente da dita ou ventura do processo principal, numa lógica exclusivamente tributária dos esquemas ressarcitórios e indemnizatórios¹⁵⁷, tudo em obediência a mecanismos dos quais o legislador quis, de modo consciente e deliberado, manter a sanção pecuniária compulsória abrigada¹⁵⁸.

II – Se tudo isto se não afigurasse suficiente, diversas outras *rationes* falam ainda no sentido da impossibilidade de prestação de caução quando tenha sido decretada uma sanção pecuniária compulsória¹⁵⁹. Observou-se já como, requerida a sanção pecuniária compulsória, o juiz tem, não apenas o poder,

395, sem a certeza da sanção a função coercitiva desta perder-se-ia de antemão. Estar-se-ia diante de um simples espantinho. V., também, MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 18 e nota 28.

¹⁵⁵ Ligando a caução à autorização pode ver-se, por exemplo, MENEZES LEITÃO, *Direito...*, II, 309 e ss.

¹⁵⁶ Repare-se como, num fenómeno sublinhado em MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 18, nota (30), a prestação de caução consente ao devedor ou requerido manter ou prolongar no tempo aquela *voluntas* que justamente o legislador quis quebrar através da sanção pecuniária compulsória.

¹⁵⁷ Isso mesmo emerge de forma meridiana da circunstância, já antes mencionada, de o artigo 387.º/3 do Código de Processo Civil ligar a possibilidade de caução à sua suficiência para prevenir a lesão ou para a reparar integralmente. Cfr. MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 18, nota (31).

¹⁵⁸ Ao ponto de ela ser devida mesmo perante infrações que não gerem qualquer tipo de dano. Aquele mesmo dano cuja lógica, mais do que autêntica estrela polar, preside ou rege a figura da caução quer do ponto de vista processual quer do substantivo. V. quanto se escreveu *supra* no § precedente e bibliografia aí citada. Cfr., também, MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 19 e nota (32).

¹⁵⁹ MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 19.

mas também o dever, de a decretar, não podendo recusá-la. Observou-se, igualmente, como, na nossa lei, apenas se consagrou a sanção pecuniária definitiva: isto é uma sanção que, uma vez fixada, é insuscetível de revisão, modificação ou atenuação. Perante ela o legislador só quis deixar ao devedor «(...) *uma escolha: submeter-se ou sofrer-lhe as consequências*»¹⁶⁰. Aceitar a possibilidade de se caucionar uma providência acompanhada de uma sanção pecuniária é, pura e simplesmente, eliminar esta dicotomia perante a qual a lei quis, deliberadamente, colocar o devedor ou o requerido. É como se disse antes, permitir ao devedor ou requerido manter ou prolongar no tempo a vontade que a sanção compulsória tem por fim eliminar, quebrar ou vencer. Por isso, a substituição da providência por caução agride e malogra a finalidade, razão de ser e teleologia do instituto da sanção pecuniária compulsória e é, igualmente por esta via, com ele inconciliável¹⁶¹. A autorização para prestar caução conduziria a colocar-se em causa a economia ou lógica jurídica resultante da conjugação do dever de decretar a providência, por um lado, com o respetivo caráter definitivo, do outro¹⁶².

Sublinhe-se, finalmente, a circunstância, já antes assinalada, de as quantias devidas a título de sanção pecuniária compulsória reverterem não apenas a favor do requerente mas também do Estado, numa orientação a evidenciar a circunstância de a sanção pecuniária compulsória se destinar a assegurar não

¹⁶⁰ Cfr. CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, 436 e 437, o qual escreve, ainda, não ser possível ao juiz: «(...) *reapreciá-la e modificá-la na sua taxa e montante ou na sua duração. Neste caso surgirá um novo direito de crédito susceptível de execução baseada na sentença de condenação que decretou a sanção pecuniária compulsória, sem o que o credor tenha de requerer qualquer liquidação*». V., igualmente, MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 19 e nota (33).

¹⁶¹ MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 20.

¹⁶² *Idem.*

apenas um interesse particular mas também um interesse coletivo¹⁶³. Interesse coletivo completamente estranho à lógica da prestação de caução, subordinada exclusivamente às conveniências das partes¹⁶⁴.

III – Considerando quanto antes se disse, e atento, não apenas o disposto no artigo 9.º do Código Civil¹⁶⁵, mas, também e sobretudo, a Doutrina de ponta relativa à problemática da interpretação das leis¹⁶⁶, o intérprete-aplicador, quando confrontado com o problema que nos ocupa, não pode deixar de concluir no sentido segundo o qual a admissibilidade de substituição da providência cautelar por caução, prevista no artigo 387.º/3 do Código Civil, não compreende aquelas hipóteses nas quais a referida providência seja acompanhada de sanção pecuniária compulsória^{167/168}.

¹⁶³ PINTO MONTEIRO, *Cláusula...*, 134, fala a este propósito, e como se viu já, de natureza pública, da sanção pecuniária compulsória.

¹⁶⁴ MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 20.

¹⁶⁵ Até porque a respetiva valia e força vinculativa não é pacífica. Cfr. *infra* em nota.

¹⁶⁶ Cfr. a este respeito e nomeadamente CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, I, *A crise*, Coimbra, 1967, *passim*, e, por exemplo, 214 e ss.; *O princípio da legalidade criminal*, in *Digesta...*, I, 428 e ss.; *Interpretação jurídica*, in *Idem*, II, 337 e ss.; *O actual problema...*, in *Idem*, II, 249 e ss.; *O método jurídico*, in *Idem*, II, 283 e ss.; *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, 1993, *passim* e 83 e ss.; *Id.*, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra, 2003, *per totum*; *O sentido actual da metodologia jurídica*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume Comemorativo, 2003, 115 e ss., maxime 134 e ss.; e JOSÉ BRONZE, *Lições de introdução ao direito*, Coimbra, 2002. V., também, MENEZES CORDEIRO, *Lei (aplicação da)*, in *Pólis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, III, cols.1046 e ss..

¹⁶⁷ De resto, esta doutrina encontra eco na jurisprudência dos nossos tribunais superiores. Cfr. no sentido de que a substituição da providência por caução não é admissível sempre que frustre o fim da providência cautelar *STJ*, 25-6-1998 (SOUSA INÊS) in *www.dgsi.pt* (procedimentos cautelares – caução – substituição – providência cautelar não especificada); *STJ*, 18-

Contra a solução agora proposta sempre se poderia alegar, é certo, que onde a lei não distingue não deve o intérprete-aplicador distinguir também. Nestes termos, e sempre na mesma linha de raciocínio, se a lei não proíbe a substituição da providência cautelar, acompanhada de sanção pecuniária compulsória, por caução, não deve o julgador ou aplicador do direito sustentar a impossibilidade de semelhante substituição, porquanto tal solução não encontraria na letra da lei nenhuma correspondência verbal. Formulado neste moldes o argumento padece de sérios vícios metodológicos¹⁶⁹ e mostra-se claramente tributário de uma compreensão positivista do direito, excessivamente presa à proscrita letra da lei. O problema metodológico da interpretação jurídica não é um problema de *interpretatio legis* mas *actus* de realização do direito¹⁷⁰. A interpretação jurídica não intenciona – como pretendia o positivismo jurídico, tanto o histórico como o legalista, ao identificar o direito, na sua manifestação positiva, às respetivas determinações formais e estas com as suas expressões textuais, com os textos legais, os quais, precisamente porque textos, como que necessariamente implicariam uma interpretação também só textual – uma significação simplesmente textual, seja ela filológica, hermenêutica *stricto sensu* ou analítico linguística – se se qui-

05–1999 (NORONHA NASCIMENTO) in *www.dgsi.pt* (restituição provisória da posse – substituição caução); *STJ*, 25–5–2002 (LÚCIO TEIXEIRA), in *www.dgsi.pt* (providência cautelar, restituição provisória da posse – substituição – caução – requisitos).

¹⁶⁸ Mas se por absurdo as compreendesse sempre pareceria necessário chamar e ouvir o Estado, um dos beneficiários da sanção pecuniária compulsória, para se pronunciar sobre a oportunidade da caução, num mecanismo que, não obstante, não se encontra previsto na lei. V. MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 20.

¹⁶⁹ CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema...*, II, 5, fala de erro grave.

¹⁷⁰ Cfr. a bibliografia citada *supra* na nota (166). Sublinhe-se, aqui, a título ilustrativo CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema...*, 11 e ss..

ser exegética hermenêutica ou semântica¹⁷¹. O problema da

¹⁷¹ V., novamente, CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema...*, 5. Cfr., também, e ainda, a literatura referida na nota (166). Por último v., em adesão aos postulados enunciados pelos autores aí referidos e à insuficiência da letra da lei enquanto fator predeterminante da interpretação jurídica e como critério dos respetivos limites, com o ultrapassar, em grande parte, das orientações interpretativas que amarravam o aplicador do direito à letra da lei – inclusivamente apenas como limite negativo dos seus possíveis sentidos – PAULO MOTA PINTO, *Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros, reflexão a propósito do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 178/86 de 3 de Julho*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 1993, LXIX, 614; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação...*, 1000 só que, face ao artigo 9.º/2 do Código Civil português, perguntar-se-á pela viabilidade de uma tal superação dos limites negativos da letra da lei. O que fazer deste preceito e como entender o seu sentido? São de todos conhecidas as tentativas de políticos e governantes no sentido de cercearem, ou mesmo excluïrem, a possibilidade de interpretação das fontes jurídicas. Desconsiderando [mas v. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2.ª edição, 1919, I, 223 e ss.] agora as situações históricas concretas cujo sucesso, ou melhor, insucesso, não vale a pena sublinhar aqui, cumpre, isso sim, procurar resolver a questão do sentido e valor normativo do artigo 9.º (e, também, entre nós, do artigo 10.º). Qual é efetivamente sentido e valor normativo destas prescrições? Deixaremos, com CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação...*, in *Digesta...*, II, 349 e ss. [cfr. também, *Metodologia...*, *passim*, e 85 e ss.], de lado os axiomas da onnipotência do legislador característicos do positivismo que vê as regras interpretativas como quaisquer outras. Também se não referirá a questão dos limites meta-interpretativos pendentes sobre as normas que fixam os cânones interpretativos. Mencionaremos, apenas, duas teses contrárias que, a par com as agora descartadas, têm sido consideradas pelo pensamento jurídico. Uma, apelidada de autonomista, para a qual o problema da interpretação cairia fora do âmbito estrito do jurídico. A outra, de índole contrária, chamada de redutivista, segundo a qual as regras sobre interpretação seriam recondutíveis ao direito positivo, já como normas de segundo grau pelas quais o legislador determinaria o sentido a imputar às regras de primeiro grau, já como regras que pertenceriam ao direito judicial material ou mesmo a um direito constitucional da atividade normativa judicial em paralelo com as regras da constituição política relativas ao processo legislativo. Dir-se-á, contudo, que o problema ainda consente uma outra solução proposta, entre nós, por CASTANHEIRA NEVES. O problema metodológico da realização do direito não consente,

interpretação jurídica não é filológico, hermenêutico-cognitivo, linguístico. Trata-se de um problema jurídico, especificamente jurídico, e destarte de um problema normativo¹⁷² que não pode comodamente resolver-se na simples consideração da letra da lei, na mera afirmação de que onde a lei não distingue não deve o intérprete(-aplicador) distinguir, ou na frágil asserção de que a alegada impossibilidade de substituição não tem nas normas em referência qualquer correspondência verbal. Quanto se procura é a normatividade dos artigos 342.º/2 e 387.º/2 do CPC,

quer em si quer nos seus princípios e critérios, que ele se possa pensar como um estrito problema de direito positivo ou de ser por este resolvido. Trata-se de um problema metapositivo. Donde resulta um juízo quanto ao alcance das regras sobre a interpretação ou quaisquer outras regras de sentido metodológico: são regras metodológicas e não prescrições do domínio jurídico dogmático. Como tais participam da dimensão problemática do direito. O respetivo sentido e alcance só poderá ser aquele que a sua inclusão na primeira dimensão, aproblemática, autónoma e criticamente lhes conceda. Como prescrições metodológicas positivas ou positivadas é na perspectiva da metodologia jurídica que elas hão-de ser compreendidas e assimiladas. No sentido segundo o qual o artigo 9.º do Código Civil, sem ser completamente inútil, não corresponde ao atual estado dos conhecimentos e não é de facto observado pela nossa jurisprudência v. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, 3.ª edição, I, I, Coimbra, 2005, 150, e ss.. Para ulteriores desenvolvimentos e considerações acerca do sentido e alcance do artigo 9.º do Código Civil v. JOSÉ BRONZE, *Introdução...*, 828 e ss., relativizando igualmente a importância do artigo em referência, mas documentando a existência de várias decisões dos nossos tribunais excessivamente apegadas ao seu teor. Para a defesa da necessidade de revisão dos artigos 1.º a 13.º do Código Civil v. FREITAS DO AMARAL, *Da necessidade de revisão dos artigos 1.º a 13.º do Código Civil*, in *Themis*, 2000, I, 1, 13 a 20, a carecer, contudo, a nosso ver, e com o devido respeito, de uma análise metodológica sobre a matéria. Chamando a atenção para a, de longa data, conhecida insubsistência do *brocardo in claris non fit interpretatio* cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, 1989, 586.

¹⁷² Cfr., nesse sentido, os autores e obras citadas *supra* na nota (166). Cfr., igualmente, a bibliografia mencionada nessa nota para uma exata compreensão do significado de quanto se afirma no texto.

não uma qualquer subsunção de factos a textos. A interpretação é, na verdade, compreensão¹⁷³. E nesta perspetiva não parece poder colocar-se em causa a inadmissibilidade da substituição de providência cautelar, acompanhada de sanção pecuniária compulsória¹⁷⁴. Outro entendimento envolveria ainda uma clara desconsideração da natureza constitutiva da ciência jurídica e do processo de realização do direito¹⁷⁵.

IV – Se, porventura, se considerasse admissível a substituição da providência cautelar, dobrada por sanção pecuniária compulsória, o que se admite a simples benefício da discussão, aquilo quanto se não vislumbra como – mesmo se remotamente – duvidar é a circunstância de a substituição da caução – a ser admitida – não permitir ao requerido recuperar as quantias já devidas a título de sanção pecuniária compulsória ao tempo em que a caução é aceite¹⁷⁶. Basta sublinhar o já aqui evidenciado,

¹⁷³ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 153 e 154.

¹⁷⁴ Até porque a ser outro o entendimento sufragado se estaria a defraudar, com a possibilidade de o juiz conceder a substituição da providência por caução, a obrigatoriedade que pende sobre o tribunal de, caso ela seja requerida, ser decretada a sanção pecuniária compulsória. Repare-se no facto de o artigo 829.º-A, que reconhece ao credor o direito de requerer ao tribunal a condenação do devedor ao pagamento de sanção pecuniária compulsória por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada dia de infração da obrigação de prestação de facto infungível, e atribui ao juiz o poder-dever de a fixar, constituir uma norma de direito substantivo. As normas processuais são normas instrumentais, normas secundárias, porquanto normas de atuação concreta das normas substantivas ou materiais. *Ergo*, na falta de rito ou solução processual expressa adequada, o julgador deve, por maioria de razão, ser criativo e dinâmico no processo de realização das normas primárias e tutela dos interesses e direitos subjetivos por elas garantidos, não se podendo ficar pela literalidade ou por uma mera exegese dos textos legais. A respeito de quanto se acaba de dizer v. CALVÃO DA SILVA, *Adenda*, cit., a *Cumprimento...*, 549 e ss..

¹⁷⁵ Cfr., nomeadamente, os autores citados *supra* na nota (166). V., igualmente, e sempre a título meramente ilustrativo, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, I, 226 e ss..

¹⁷⁶ Assim, MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Pa-*

por mais de uma vez, a propósito dos contornos e figurino de cada uma das figuras. Lembraremos, tão-só, outra vez, o facto de a caução ter por fim prevenir a lesão ou repará-la integralmente¹⁷⁷. Ela apresenta-se, por conseguinte, como um meio jurídico dependente e associado aos meios jurídicos de reparação e indemnização de danos¹⁷⁸. A sanção pecuniária apresenta uma autonomia integral relativamente a tais meios. Em termos gerais ela aproxima-se da figura de direito inglês do *contempt of Court* ou desobediência ao tribunal. No caso específico da providência cautelar, a ligação entre a sanção pecuniária compulsória e o ato de desobediência ou não acatamento do determinado pelo tribunal é flagrante¹⁷⁹. Na verdade, semelhante ligação é, não só afirmada no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, ao introduzir a medida no Código de Processo Civil, como resulta, ainda, clara e simultaneamente, do teor literal e da teleologia imanente ao artigo 384.º/2 do Código de Processo Civil¹⁸⁰. É, pois, o não cumprimento, e só esse, das imposições ditadas pelo tribunal a determinar o dever de pagar a quantia imposta a título de sanção pecuniária compulsória. Cada dia passado sem que o requerido se dobre ao decretado judicialmente constitui, por si, uma infração que, nos termos do artigo 829.º-A do Código Civil, determina e faz vencer, em termos definitivos, a obrigação de pagar a quantia imposta a título de sanção pecuniária compulsória. A aceitação de caução, a substituição da providência nos termos do artigo 387.º/3 do Código de Processo Civil, não muda, não previne, não repara a infração. Cada ilícito e cada infração são, uma vez verificados, irreversíveis e, por isso, a caução – tributária, sublinhe-se outra vez, de uma lógica indemnizatória completamen-

recer..., 21, que voltamos a seguir.

¹⁷⁷ V. *supra*. Cfr., também, MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 21.

¹⁷⁸ *Idem*.

¹⁷⁹ *Idem*.

¹⁸⁰ *Idem*, 21.

te estranha à sanção pecuniária compulsória – não é capaz nem oferece qualquer tipo de virtualidade para os suprimir: ela não resgata nem previne a ilicitude gerada pela não observância, até à data da prestação da caução, dos ditames do tribunal¹⁸¹.

Contra este raciocínio afigura-se uma vez mais vã qualquer tentativa de o obstruir através da alegação do facto de que ele se não encontra expressamente contemplado na lei nem apresenta com ela qualquer correspondência verbal. Não se contesta esse facto. Como também não será contestável a afirmação segundo a qual a tese agora exposta não é verbalmente impedida pelo texto da lei. O problema é, porém, outro. O recurso ao elemento verbal fracassa pura e simplesmente em função do já referido sentido do problema metodológico da interpretação-aplicação do direito e da superação dos modelos positivistas. Não se insistirá, contudo, neste ponto. Remete-se apenas para quanto sublinhámos antes a este propósito¹⁸².

V – As reflexões acabadas de expor deixam, ainda, antecipar a solução para uma outra questão relevante em sede de providência cautelar acompanhada de sanção pecuniária compulsória e já antes por nós afluada¹⁸³: na eventualidade de o requerido vir a triunfar na ação principal terá ele direito ao reembolso das quantias pagas por força da sanção pecuniária compulsória ou, pelo contrário, o requerente e o Estado podem fazer seu o dinheiro recebido? Se, como se observou, na providência cautelar, o pagamento da sanção pecuniária compulsória anda ligado, exclusivamente, à infração traduzida no não acatamento da própria providência, o facto de o requerido vir a ganhar ou a perder a ação principal afigura-se perfeitamente irrelevante^{184/185}. O único facto criador da obrigação de pagar,

¹⁸¹ *Idem*, 22, *ipsis verbis*.

¹⁸² É obviamente também para a bibliografia já citada a este propósito.

¹⁸³ Cfr. *supra* § 3. 4, IV.

¹⁸⁴ MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 22 e 23.

¹⁸⁵ *Idem*, 23.

e a título definitivo, é a não observância da medida decretada. Desrespeitada esta assiste-se a um ilícito irreversível e irreparável, que não é suprimido pelo facto de o requerido triunfar na ação principal¹⁸⁶. Quanto a lei pretendeu consagrar, no artigo 384.º/2 do CPC, foi a efetividade da providência, num momento em que ainda nem sequer se sabe quem irá vencer¹⁸⁷. Destarte, na sanção pecuniária compulsória prevista na lei processual para as providências cautelares não está em causa saber quem pode vir a ganhar a ação principal. Visa-se garantir e assegurar a necessidade de acatamento da providência em si mesma. Se o requerido preferiu não obedecer ao tribunal ele ficou, por isso, de forma definitiva e irreversível, vinculado ao pagamento das quantias devidas em consequência da sanção pecuniária compulsória¹⁸⁸. O ganho de causa na ação principal não faz desaparecer nem elimina a desobediência ocorrida¹⁸⁹. Ergo, ao requerido de nada vale comprovar que ganhou ou acabou por não ser condenado, para se desvincular do pagamento devido por infrações já cometidas ou para obrigar Estado e requerente a devolverem as quantias já recebidas em virtude da aplicação da sanção pecuniária compulsória¹⁹⁰. O facto genésico ou produtor do dever de pagar o estipulado na sanção tem independência própria e encontra-se autonomizado quanto a uma eventual condenação/absolvição¹⁹¹.

Em conclusão, o único modo de o requerido se exonerar da obrigação de pagar as importâncias fixadas na sanção pecuniária compulsória está em cumprir a providência transitada em julgado ou em comprovar que a não desrespeitou¹⁹². Certo é que perante a não execução imediata de uma decisão transitada

¹⁸⁶ *Idem.*

¹⁸⁷ *Idem.*

¹⁸⁸ *Idem.*

¹⁸⁹ *Idem.*

¹⁹⁰ *Idem*, 23 e 24.

¹⁹¹ *Idem*, 24.

¹⁹² *Idem.*

em julgado se presume a culpa do devedor¹⁹³. Para afastar semelhante presunção o devedor ou requerido tem o ónus de provar uma causa de escusa¹⁹⁴.

§ 4 – CONCLUSÃO

I – Terminado este percurso verifica-se como a disponibilização de meios de tutela não já de tipo exclusivamente resarcitório, modelados sobre a coação indireta ao cumprimento, redundou numa significativa modificação dos termos comuns do debate doutrinal e jurisprudencial acerca da execução das prestações de facto¹⁹⁵, e conduz à necessidade de uma revisão crítica das posições correntes em matéria de coação ao *face-re*¹⁹⁶. Tanto mais quanto é certa a circunstância de – apesar de a respetiva consciência remontar ao pensamento jurídico romano e de ter assumido uma específica valência axiológica ao serviço da liberdade pessoal no período do *ius commune* – o princípio *nemo ad factum praecise cogi potest* ter acabado por ser assenhoriado pelo modelo liberal-individualista de Oitocentos¹⁹⁷ – e hoje pertencer-lhe em grande medida – na regulamen-

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ MENEZES CORDEIRO, *Embargos...*, in *Revista...*, 1998, III, 1231. Cfr., também, MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Parecer...*, 24.

¹⁹⁵ Assim, também, MAZZAMUTO, *L'attuazione...*, 4.

¹⁹⁶ *Idem*, 4 e 5.

¹⁹⁷ V. quanto escreve, por exemplo, JULES GÉNICON, *De l'origine de la règle nemo...*, acerca da ideia de liberdade absoluta à qual quadra particularmente bem a ideia sustentada por STUART-MILL segundo a qual o princípio da liberdade do homem não pode deixar de exigir que ele seja livre de não ser livre ou de que já não seria liberdade a renúncia à liberdade. Por isso mesmo, e na medida em que a liberdade pessoal seria inalienável, qualquer obrigação ou ato de cumprimento de uma obrigação que comprometesse ou alienasse essa liberdade não poderia ser aceite. A esta liberdade absoluta, que esteve em certos momentos históricos subjacente à defesa do aforismo em análise, contrapõe-se a ideia de liberdade relativa que justa-

tação das relações entre privados¹⁹⁸. Aliás, mesmo ao tempo dos primórdios da sua formulação por glosadores, consiliadores e humanistas o aforismo em referência correspondia a preocupações de criação de um modelo de organização económico-social¹⁹⁹ que hoje não têm mais sentido, porquanto acabaram ora por merecer consagração absoluta²⁰⁰ ora por serem totalmente superadas²⁰¹.

II – A introdução da sanção pecuniária compulsória veio, conforme tem sido devidamente assinalado²⁰², preencher uma lacuna ou falha existente no nosso direito. A lacuna da incapacidade para atuar *in natura* a obrigação infungível. A partir da respetiva introdução a ordem jurídica nacional coloca à disposição do credor uma técnica coercitiva, a par de outras²⁰³, des-

mente consente ao homem, em autonomia, comprometer ou empenhar a respetiva liberdade.

¹⁹⁸ *Idem, passim*, e 15 e ss..

¹⁹⁹ *Idem, passim*, e 17 e ss..

²⁰⁰ Consagrada e firme encontra-se hoje a preocupação já presente em *BAR-TOLUS*, Rub. *De verborum obligationibus*, D., XLV, I, L. 72, quando afirma em jeito de máxima «*cogere promissorem esset quaedam species servitutis*», no sentido de garantir uma certa mobilidade social e de evitar que o contrato através do qual os sujeitos livres se começavam a encontrar no mercado de trabalho pudesse ser convertido num instrumento de reprodução de *status*. Neste sentido, também, MAZZAMUTO, *L'attuazione...*, 17 e ss., 31 e 32.

²⁰¹ Superada a preocupação de garantir as necessidades da burguesia emergente e de definição de um modelo de poder e organização ao seu serviço e que acabaria por conduzir, muitos séculos mais tarde, à consagração em oitocentos, do liberalismo e individualismo, a cujos préstimos o princípio *nemo ad factum cogi potest* quadraria na perfeição e acabaria, aliás, por ser colocado. Sublinhe-se, de resto, o facto de só posteriormente aos jurisprudentes elegantes holandeses e jusnaturalistas o princípio *nemo ad factum cogi potest* ter passado a possuir um caráter mais ou menos tranquilo, deixando de ser atacado por exceções que o corriam de forma significativa. Cfr. MAZZAMUTO, *L'attuazione...*, 17 e ss., 113 e ss.

²⁰² CALVÃO DA SILVA, *Processo...*, in *Estudos...*, 260; *Adenda*, cit., a *Cumprimento...*, 537 e 538.

²⁰³ Cfr. *supra* § 3.

tinada a determinar o devedor a realizar a prestação de facto infungível a que se encontra vinculado e a que aquele tem efetivo direito²⁰⁴, sem ter de se contentar com o exclusivo recurso à técnica substitutiva da execução por equivalente²⁰⁵, com a consequente erosão do princípio de que o devedor de prestação de facto não pode ser coagido à respetiva realização²⁰⁶.



²⁰⁴ Insista-se: na prestação de facto não se está nem perante uma obrigação natural, nem perante uma obrigação alternativa, nem, finalmente, diante de uma obrigação com faculdade alternativa.

²⁰⁵ CALVÃO DA SILVA, *Processo...*, in *Estudos...*, 260; *Adenda*, cit., a *Cumprimento...*, 537 e 538.

²⁰⁶ Tem pois razão JULES GÉNICON, *De l'origine de la règle nemo...*, *per totum*, quando, já em 1910, e depois de uma longa análise acerca da origem e evolução ao longo dos séculos, sublinhava o facto de tendo-se partido do princípio *nemo praecise potest cogi ad factum*, se ter acabado por chegar à regra inversa de que as prestações de facto podem, salvo algumas exceções, ser objeto de coação e execução forçada.