

ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE
CONTRATUAL EM DIREITO COMPARADO
INGLÊS E PORTUGUÊS

pele Dr. Armindo Ribeiro Mendes

SECÇÃO I

I N T R O D U Ç Ã O

1. *Objecto deste estudo*

Pretende-se neste trabalho, realizado para um seminário de Direito Comparado sobre responsabilidade civil no âmbito do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito, tentar estudar o tratamento da responsabilidade contratual nos direitos inglês e português, a fim de ensaiar uma comparação bilateral dos aspectos gerais das duas regulamentações positivas, recorrendo para tal à metodologia do direito comparado, disciplina que opera a «confrontação de diversas ordens jurídicas no seu espírito e no seu estilo ou a confrontação de instituições comparáveis ou de soluções comparáveis nas diferentes ordens jurídicas», segundo a ampla formulação do comparatista KONRAD ZWEIGERT. (1)

(1) *Méthodologie du Droit Comparé*, in *Mélanges Offerts a J. Maury*, I, p. 580 (v. tb. a edição abreviada do mesmo trabalho publicado in *Studium Generale*, 1960, pp. 193 a 200, *Zur Methode der Rechtsvergleichung*).

Ao ensaiar-se esta comparação entre o tratamento da responsabilidade contratual nos direitos inglês e português, partimos do princípio de que ambas as ordens jurídicas conhecem e regulamentam o problema da responsabilidade por violação ou inexecução do contrato, pois toda a comparação de direitos pressupõe como *minimum* indispensável a existência de *institutos* ou *soluções comparáveis* nas diferentes ordens jurídicas, isto não obstante um certo carácter tautológico na exigência de comparabilidade de institutos para efeitos de comparação. Como escreve GORLA, um dos estudiosos do contrato no direito comparado, «a comparação de facto não tem sentido se aqueles termos já se apresentam como totalmente heterogêneos (o que, a falar verdade, filosoficamente, se não historicamente, não poderia nunca acontecer: mas o *quid* comum não pode ser o mesmo conceito supremo do direito). Método comparativo, como se lê no vocabulário, é o que indaga um fenómeno, confrontando-o com fenómenos da mesma ordem, estudo comparado, o que é conduzido tendo em conta aspectos múltiplos de uma mesma ordem de fenómenos (PALAZZI)»⁽²⁾.

Partimos do postulado de que é possível e se reveste de interesse (pelo menos dogmático) a comparação das soluções inglesa e portuguesa em matéria de responsabilidade contratual.

(²) *Diritto Comparato*, 1964, art. in *Enciclopedia del Diritto*, XII, p. 928, A exposição deste autor, nem sempre muito clara, reveste o interesse de provir de um dos comparatistas latinos que mais profundamente tem estudado o direito dos contratos. É curiosa a formulação metodológica de hipótese de trabalho que este autor faz: «É um processo quase circular de conhecimento que vai de um ao outro termo, e do outro volta àquele e assim por diante; e enriquece de tal modo sempre mais o conhecimento de um e outro, pelos caracteres individuais de cada um deles (que resultam e podem resultar só da comparação, pois que se não dá o «indivíduo» sem o «outro») e pelos caracteres comuns. Ao mesmo tempo verifica-se a hipótese de trabalho de um *quid* comum e assim se atinge o conhecimento deste *quid* e (tal conhecimento) desenvolve-se» *ibidem*.

Sobre o carácter de notoriedade dos próprios termos a comparar em certos casos, e a utilização de instituições e primeiras impressões e da escolha dos próprios conceitos supremos (direito positivo, direito nacional, direito internacional, direito estadual, etc.) v. p. 929, nn. (1) e (2) do mesmo artigo.

Em sentido semelhante quanto à metodologia na questão da hipótese, v. K. Zweigert, *est. cit.*, p. 586, discordando de Langrod.

Só no final do estudo se poderá, porém, verificar a justeza do ponto de partida. (2)

2. *Dificuldades na comparação entre os direitos inglês e português em matéria de responsabilidade contratual.*

Sendo este o tema deste estudo, não pode deixar de fazer-se uma prevenção genérica que, não obstante ser geralmente tomada em conta pelos comparatistas, deve ser aqui reafirmada.

Trata-se da necessidade de proceder cuidadosamente à comparação entre institutos ou regras jurídicas provenientes de um sistema da família romano-germânica (3), de um sistema continental, com as regras ou institutos provenientes de um sistema de *common law*.

É já hoje bem conhecido de qualquer estudante do direito comparado, por muito breve que seja o seu contacto com esta disciplina científica (3), que a família de direitos anglo-americana ou da *common law* se distingue da família romano-germânica quer pelas especialidades da existência e predomínio em certos ramos de direito de normas provenientes de fontes jurisprudenciais (divergências na teoria das fontes), quer, como foi revelado pelas investigações mais modernas, pelas próprias diferenças de estruturas jurídicas fundamentais: foi só numa época relativamente recente que se notou serem as

(2) Veja-se o que escreve em sentido aproximado L. J. Constantinesco, *Inexécution et Faute Contractuelle en Droit Comparé*, 1960, pp. 8 a 16.

(3) Acolhemos como terminologia básica a de René David, em matéria de classificações de famílias de sistemas jurídicos. V. *Les Grands Systèmes*, 3.ª ed., 1969, pp. 23 ss. V. entre nós as críticas do Prof. Oliveira Ascensão, *Introdução ao Estudo do Direito*, 1970/1971, pp. 179 e ss. e ainda K. Zweigert, *Zur Zehre von den Rechtskreisen*, in *XX th. Century Comparative and Conflicts Law*, 1960, pp. 42 e ss.

(3) No sentido de que o direito comparado tem autonomia como ramo científico de direito, pelo menos, v. K. Zweigert, *est cit*, *Mélanges Maury*, I. p. 584.

Sobre este ponto e a querela entre direito comparado autónomo e método comparativo e a tentativa de superação prática tentada por Gutteridge, v. Marc Ancel, *Cent Ans de Droit Comparé en France*, in *Livre du Centenaire de la Societé de Legislation Comparée*, 1969, p. 19.

classificações do ordenamento, os conceitos dogmáticos e o próprio tipo de regra de direito muito diferentes nos direitos anglo-americanos e romanistas.

Na comparação de direitos que tentaremos esboçar entre alguns aspectos da regulamentação da responsabilidade contratual nos ordenamentos inglês e português adoptaremos um enfoque funcional, que é hoje comumente advogado na disciplina do Direito Comparado. Com JOSEPH ESSER, «podemos dizer, com razão: uma mesma necessidade não obriga direitos estruturalmente distintos a desenvolver figuras idênticas, mas só princípios similares de ordenamento, que são aplicados por meio de figuras díspares. À parte das influências de escola e de construções racionais, que só frouxamente se enlaçam com a própria tradição, as instituições apenas são comparáveis relativamente à sua função, não relativamente à sua posição e concepção técnicas». (6)

Adptando, pois, uma atitude dirigida aos aspectos funcionais dos institutos supomos que, depois da descrição dos regimes jurídicos da responsabilidade contratual em ambos os direitos, algum interesse pode revestir a comparação de soluções, quanto mais não seja para aprofundar o conhecimento do direito nacional daquele que procura levar a cabo a comparação. (7)

Não ignoramos que as maiores críticas podem ser formuladas quanto à própria delimitação do objecto do estudo, a responsabilidade contratual. (8) Mesmo assim, operamos na esteira de CONSTANTINESCO, sentindo igualmente a necessidade «de tomar como objecto de comparação um complexo ou um grupo de problemas jurídicos, mais ou menos equivalente

(6) *Principio y Norma en la Elaboracion Jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. esp., 1961, p. 454. Ver todo o capítulo XVIII e também pp. 42 e ss. da mesma obra. Ver ainda a opinião de Neumayer sobre comparação funcional em J. B. Machado *Ambito de Eficácia*, p. 260.

(7) «De resto, a investigação pura, primeiramente gratuita, recaindo sobre as ordens jurídicas estrangeiras, pode muito bem apurar o sentido crítico quanto à solução nacional e suscitar desde então a inspiração, a hipótese de trabalho» (K. Zweigert, *art. cit.*, p. 585).

(8) V. Constantinesco, *ob. cit.*, p. 12.

em todos os direitos, e isto mesmo se o pensamento e a técnica jurídica dos direitos respectivos os concebem, formulam e agrupam diferentemente». (9)

Não duvidamos, porém, que muitos pontos de interesse dogmático virão a ser postos em relevo em qualquer análise ou síntese comparativas, por mais inexperiente que seja o aprendiz de comparatista.

SECÇÃO II

A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL NO DIREITO INGLÊS

3. *Liability for tort damages e for breach of contract damages*

É sabido que no direito inglês não surge nas matérias de direito privado uma divisão ou grande ramo de direito, o direito civil, nem em matéria de obrigações aparece um capítulo ou divisão sob a designação de responsabilidade civil, como acontece nos direitos continentais da família romano-germânica onde a doutrina e, hoje, as legislações mais modernas incluem o estudo das regras e a sua própria sistematização em código num dos ramos da classificação romano-germânica do direito civil, no direito das obrigações. (10)

A par de uma *law of torts* que alcança penosa autonomia científica na segunda metade do século XIX (11) é dentro de

(9) *Ob. cit.*, p. 13. É de notar que este autor perfilha igualmente o ponto de vista de que «o que importa, não é a forma, mas a função de uma instituição» (p. 10), o que, no âmbito de comparação de direitos, se traduz numa ideia de «equivalência funcional».

(10) Cfr. Prof. Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, 1968, pp. 37 a 42, *maxime* 40 indicando a bibliografia portuguesa na matéria. Ver tb. Prof. Jaime de Gouveia, *Da Responsabilidade Contratual*, 1933, pp. 159 ss., de um ponto de vista histórico.

(11) O primeiro livro sobre a *law of torts* surge na América em 1859 (sendo seu autor Francis Hillard); na Inglaterra, se se exceptuar uma obra isolada e de escasso valor científico publicada em 1720, é só em 1860 que surge o trabalho pioneiro.

um outro ramo de direito,, cuja autonomização não tem hoje paralelo na dogmática continental, a *law of contract*, que é tratada a matéria do que chamamos responsabilidade contratual, sob as designações dificilmente traduzíveis de *breach of contract* e de *remedies for breach of contract*, entre os quais avulta pela sua importância entre o elenco de *remedies*, os *damages* provenientes de uma inexecução contratual — trata-se mesmo do único «remédio» concedido pela *common law*.

Embora a designação de *liability for breach of contract damages (liability ex contractu)* ocorra algumas vezes em certas obras doutrinárias mais recentes, «o carácter empírico do direito inglês e a sua reticência face às grandes classificações doutrinárias», ao lado do facto de que «a estrutura actual do direito inglês é, na sua maior parte, produto ou herança histórica» (LEONTIN-JEAN CONSTANTINESCO) ⁽¹²⁾ justificam o recurso que faremos às designações nativas da *common law*, sem que se procure traduzir ou empregar a terminologia continental, porventura mais clara para um jurista oriundo de um país da *civil law*, mas extremamente mais perigosa por esbater as particularidades de um direito não nascido em Universidades, nem trabalhado por professores, um verdadeiro *Richterrecht*, ou *Juristenrecht* na designação bem conhecida de KOSCHAKER.

A *law of torts* é de elaboração dogmática mais recente do que a *law of contracts*. Mas mesmo esta é também relativamente recente, se a compararmos com o outro grande ramo do direito patrimonial, a *law of real property*. Os princípios do direito dos contratos são quase exclusivamente uma criação dos tribunais da *common law* durante os últimos dois séculos. A legislação escrita (*statute law*) proveniente do Parlamento

(12) *Inexécution et Faute Contractuelle em Droit Comparé (droits français, allemand, anglais)*, 1960, p. 111. Segundo este comparatista, «o próprio emprego dos termos «responsabilidade contratual» e «delitual» para o direito inglês tem qualquer coisa de aproximativo, embora a *law of torts* tenha em direito inglês praticamente o lugar da responsabilidade civil (delitual) em direito francês» (*ibidem*).

teve um papel muito reduzido em matéria contratual e se o contrato é, como escreve ANSON, *a child of commerce* ⁽¹³⁾, a sua disciplina jurídica não é menos uma criação da jurisprudência inglesa, de sedimentação longa de sucessivas decisões dos tribunais da *common law*, que foram estabelecendo numerosos precedentes, os quais ainda hoje constituem *the law of the Realm*.

A importância da *law of contracts* tem pois aumentado de forma apreciável desde 1756, data em que aparecem os célebres *Commentaries on The Laws of England* de BLACKSTONE. ⁽¹⁴⁾ Hoje, porém, não se pode duvidar da autonomia da *law of contract*, não havendo, pois, o perigo de ver o *contract* quase dissolvido na *law of property*, à maneira de W. BLACKSTONE. Para os autores ingleses, este ramo de direito difere dos outros, «na medida em que não expõe um número de direitos e deveres que o direito fará cumprir: consiste antes num conjunto de princípios limitativos, sujeitando-se aos quais as partes podem criar direitos (*rights*) e deveres (*duties*) para si próprias que o direito tutelar. Num certo sentido, as partes de um contrato fazem direito para si mesmas. Enquanto não infringirem qualquer proibição legal, podem fazer as regras que quiserem a respeito da matéria do seu *agreement*, e o direito dará efeito às suas decisões». ⁽¹⁵⁾

4 — Noção de *contract*

Como antecedente logicamente necessário a uma descrição despreziosa dos conceitos de *breach of contract* e dos *remedies* que o direito concede à parte prejudicada com a inexe-

⁽¹³⁾ *Ob. cit.*, p. 1.

⁽¹⁴⁾ Bastará dizer que Blackstone consagrava 380 páginas a *law of real property*, ao passo que os contratos lhe mereciam menos de um décimo do espaço — apenas 28 páginas! Tal como em Gaio ou nas Institutas de Justiniano, a propósito dos modos de aquisição da propriedade (em especial das *things personal*), o *contract* era estudado ao lado da doação (*gift or grant*) com a qual estava «*much connected*».

⁽¹⁵⁾ Anson Guest, *ob. cit.*, p. 1.

cução da outra, vamos aludir brevemente à noção de *contract*, a qual não coincide totalmente com o conceito dos direitos português, francês, italiano ou alemão de contratos, embora as divergências não sejam essenciais.

Na impossibilidade de estudar a teoria geral do *contract* no direito inglês, limitamo-nos a referir algumas opiniões contemporâneas sobre a figura e o ramo de direito que dela trata, procurando reduzir ao mínimo possível as referências à história do direito inglês.

ANSON apresenta como noção provisória de *law of contract*, a daquele «ramo de direito que determina as circunstâncias em que uma promessa será juridicamente vinculativa para a pessoa que a faz». ⁽¹⁶⁾

Os juristas anglo-saxões contemporâneos, embora não adoptem uma designação única para os sub-ramos que nós tradicionalmente englobamos no *direito civil* (*civil law countries* são, para os comparatistas ingleses, os países da Europa continental que têm sistemas jurídicos baseados na conceptologia e nas regras herdadas do direito romano) ⁽¹⁷⁾, consideram a *law of contract* como um dos ramos da *private law*, sendo corrente nas doutrinas inglesa e americana modernas a utilização da dicotomia *public law-private law*, em termos muito semelhantes aos das doutrinas da família romano-germânica.

Nas edições ainda a seu cargo exclusivo, SIR WILLIAM ANSON definia *contract* como um «acordo (*agreement*) juridicamente vinculativo feito entre duas ou mais partes, através do qual são adquiridos direitos por uma ou mais partes, relativamente a actos ou *forbearances* (omissões ou sujeições) da parte de outra ou outras». ⁽¹⁸⁾ Hoje GUEST limita-se a falar em «*actionable promise or promises*» para descrever o *quid* em que consiste o *contract*. E já nesta linha se orientava ROSCOE POUND quando definia o *contract*, em sentido

⁽¹⁶⁾ *Ob. cit.*, p. 1.

⁽¹⁷⁾ Cfr. J. H. Merryman, *The civil law tradition*, 1969, p. 1 ss., *maxime* 2 e 3.

⁽¹⁸⁾ Transcrito em C. Padfield, *Law made simple*, 1970, p. 120.

estrito, como «*a legally enforceable promise or set of promises*»⁽¹⁹⁾. ROBERT KIRKPATRICK nota apenas que o jurista continental ficará certamente admirado com o extremo formalismo do direito contratual inglês moderno, ao qual repugna, tal como ao direito romano, a ideia de que *ex nudo pacto obligatio oritur*.⁽²⁰⁾

Impõe-se, pois, fazer uma referência breve à génese histórica do *contract* no direito inglês.

Para se conseguir compreender a noção de *contract*, de *breach of contract*, da confusão deste com certos tipos de *torts*, e a distinção entre *remedies for tort* tem de se ter presente que, ao passo que os direitos continentais se foram modelando fundados na ideia, comumente aceita no período bizantino tal como no *ius commune* medieval, traduzível no brocardo *ubi ius, ibi remedium*, a estrutura das *actions* da velha *common law* inglesa exprime uma perspectiva completamente oposta: *ubi remedium ibi ius*.⁽²¹⁾

Com efeito, a legalidade do contrato meramente consensual não era admitida no período mais remoto da *common law*, em que não se protegia uma figura geral de contrato mas apenas certos contratos tipificados, cuja inexecução era tutelada por *actions* formalistas e incompletas que davam lugar a algumas lacunas. Como resume CONSTANTINESCO, de facto os contratos «não existiam senão na medida em que eram consagrados por uma forma solene ou por um começo de execução. Assim a responsabilidade era independente do acordo e derivava antes do não-cumprimento de formalidades. GLANVIL afirmava que os tribunais régios não desejavam proteger *private agreements* e somente poucos contratos se encontravam no *Register of Writs*». ⁽²²⁾

⁽¹⁹⁾ *Encyclopedia of Social Sciences*, IV, p. 323, Segundo Story, «*a contract is a deliberate engagement between competent parties, upon a legal consideration to do or to abstain from doing some acts*» (*Stroud's judicial dictionary*, p. 390). Ver ainda James, *Introduction to English Law*, 1953, p. 223: «*a contract is a legally binding agreement*».

⁽²⁰⁾ *Initiation au droit anglais*, 1964, pp. 187-188.

⁽²¹⁾ Cfr. Maitland, *Equity*, ed. de 1936 a cargo de J. Brunyate, pp. 1 a 11.

⁽²²⁾ *Ob. cit.*, p. 112.

Deixando de parte a protecção do pactuante perante a inexecução do outro pactuante em acordos meramente consensuais, que parece ter sido concedida pelas *Ecclesiastical courts* à luz da ideia da tutela do respeito de *fides facta*, prenunciando a actuação do tribunal de consciência do *Chancellor*, pode afirmar-se que é no decurso do séc. XVI, com a separação das duas jurisdições da *common law* e da *equity*, e com a reacção da primeira daquelas jurisdições contra o formalismo e rigidez das *actions* tradicionais, que vai superar-se o princípio tradicional de que *ex nudo pacto actio non oritur*. No famoso *Slade's Case* de 1602, o juiz afirma que «*every contract executory imports in itself an assumpsit*». Achava-se aí o reconhecimento quer da força obrigatória da simples troca de consensos, quer do princípio da responsabilidade por qualquer *breach of contract*. É através da acção *Assumpsit* que nos séculos XVI e XVII, os casos de *breach of agreement* vão ser tutelados. Lentamente começa, pois, a consolidar-se a ideia, revelada em algumas definições modernas atrás registadas, de que no *agreement* contratual basta o encontro de consensos, aquilo que os juristas ingleses designam tecnicamente por *consensus ad idem*.

Mas ainda hoje a distinção entre *specialty contracts* e *simple contracts* ⁽²⁾ reflecte uma certa incerteza sobre o desenho da figura contratual no direito inglês:

- a) os *specialty contracts* ou *contracts by deed*: são aqueles que são feitos sob selo (*under seal*, assinados, selados e entregues).

Materialmente o contrato é selado pela afixação de uma tarjeta de papel que é tocada pela pessoa que faz o *deed*. A *delivery* é feita através da entrega material à outra parte ou seu representante ou, idealmente, através de toque no selo e pronúncia da fórmula «*I deliver this as my act and deed*».

⁽²⁾ Omitimos aqui a referência aos *contracts of Record*, de natureza processual, que eram apresentados pela doutrina mais antiga. Anson e Guest, porém, só distinguem os dois tipos aludidos no texto. V. *ob. cit.*, p. 65.

Os *contracts by deed* dispensam a existência de válida *consideration* ⁽²⁴⁾ e são usados para certas transmissões socialmente mais importantes (*conveyances* de prédios, arrendamento de prédio durante mais de três anos, estatutos de uma *partnership*, etc.).

- b) *Os simple contracts* — são os que não são feitos sob selo: podem ser feitos oralmente, por escrito, ou serem revelados por um comportamento (*implied by conduct*). Na ausência de válida *consideration* são nulos (*void*). A *consideration* é assim descrita nas palavras de SIR FREDERICK POLLOCK: «um acto ou omissão de uma parte, ou a respectiva promessa, é o preço pelo qual a promessa da outra é comprada, e a promessa assim dada como valor é accionável (*enforceable*)». ⁽²⁵⁾

5 — *A inexecução do contrato: noção técnica de «breach of contract» — suas espécies*

Tal como no direito português (Código Civil, arts. 762.º, 763.º-1), a regra geral no direito inglês, é a de que «a execução (*performance*) de um contrato deve ser precisa e exacta» ⁽²⁶⁾: para tal, e perante uma pretensa execução, têm de apreciar-se, segundo ANSON e GUEST, os problemas em primeiro lugar da interpretação do contrato (*construction*) a fim de ver o que as partes quiseram significar com a palavra execução e, em segundo lugar, da própria fixação dos factos: para ver se o que foi feito corresponde ao que foi prometido

⁽²⁴⁾ Cfr. sobre a noção de *consideration* e a diferença relativamente à de causa do contrato (ou do negócio jurídico não abstracto) nos direitos continentais, R. David, *Cause et consideration*, *Mélanges Maury*, II, pp. 111 ss., P. Escobar, *Causa e consideration*, in *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 4, pp. 275 e 297, P. S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, 1971, pp. 62 ss.

⁽²⁵⁾ Transcrito em Cheschire e Fifoot, *The law of contract*, 6.ª ed., 1964, p. 60. A teoria aí revelada tem sido muito atacada pela doutrina anglo-saxónica.

⁽²⁶⁾ Anson-Guest, *ob. cit.*, p. 433.

— só depois destas operações cognitivas, poderá responder-se à pergunta sobre se a pretensa execução corresponde ao critério enunciado de execução precisa e exacta do *agreement*.

Estreitamente relacionada com a ideia de *performance* encontra-se a noção de *breach of contract* que, aproximadamente, significa toda e qualquer inexecução contratual.

O facto, porém, de o direito dos contratos inglês não se encontrar codificado envolve certas dificuldades quanto à resposta sobre o que é o *breach of contract*. Em vão se buscará, como nota CONSTANTINESCO, uma definição legal. Há que procurar o que escrevem os autores anglo-americanos sobre a matéria.

Segundo CHESCHIRE e FIFOOT, o *breach* ocorre «quando uma parte repudia ou deixa de executar (*fails to perform*) uma ou mais obrigações a ela impostas pelo contrato». ⁽²⁷⁾

Segundo o *Restatement* americano, § 312, «um *breach of contract* é a não-execução de qualquer dever contratual de execução imediata. Um *breach* pode ser total ou parcial, e pode ter lugar através de omissão (*failure*) de execução de actos prometidos, através de prevenção, obstrução (*hindrance*) ou por repúdio (*repudiation*)». ⁽²⁸⁾

Entendemos dever dar a palavra a um comparatista sobre o sentido da expressão *breach of contract*: «o *breach of contract* não é outra coisa senão a inexecução francesa ⁽²⁹⁾ ou a violação duma obrigação contratual. É preciso dar esta precisão terminológica e é importante sublinhá-la. Atendo-se a uma tradução estritamente literal, diversos autores no continente traduziram *breach of contract* em francês por *rupture du contrat* e em alemão por *Vertragsbruch*, o que, do ponto de vista do direito comparado, pode conduzir a dificuldades. No direito francês, a ruptura do contrato (ou a suspensão) pode ocorrer, mas enquanto consequência algo particular duma inexecução. No direito alemão, o *Vertragsbruch* pode lembrar nomeada-

⁽²⁷⁾ *Law of contract*, 6.ª ed., p. 501.

⁽²⁸⁾ Transcrito por L. J. Constantinesco, *Inexécution et faute*, p. 122.

⁽²⁹⁾ Cfr. arts. 1146.º e seguintes do *Code civil* francês.

mente a *positive Vertragsverletzung*. Isto faz que, num caso como noutro, a tradução literal seja inexacta. Apesar de se falar de *ruptura* e de contrato, é preciso entender por *breach of contract* a inexecução duma obrigação contratual». ⁽⁸⁰⁾

Perante a ocorrência de um *breach of contract* ⁽⁸¹⁾, ensinam ANSON e GUEST que surgirá a cargo da parte que violou o contrato uma nova obrigação — um direito de acção conferido à parte ofendida pela violação. Além disso, há circunstâncias em que a violação não dá só origem a uma acção mas que desobrigará também a parte ofendida daquela prestação que pode ainda ser devida por ela. ⁽⁸²⁾

O *breach of contract* aparece assim como uma noção geral de inexecução, em que podem distinguir-se subespécies. Vejamo-las rapidamente:

1.º — O *breach* ocorre normalmente quando uma das partes não cumpre a sua obrigação na data fixada para o cumprimento pelo contrato, como sucede, por exemplo, quando o vendedor não entrega os bens vendidos no dia combinado — *failure to perform*;

2.º — O *breach* pode dar-se havendo repúdio expresso do contrato por uma das partes que declara explicitamente que não cumprirá a sua *promise* — *explicit repudiation*;

⁽⁸⁰⁾ Constantinesco, *ob. cit.*, pp. 122-123.

⁽⁸¹⁾ Segundo Osborn, o *breach* é uma «*failure to carry out an undertaking*» (*Dictionary cit.*, p. 46). A formulação de Sir John Miles no Digesto publicado sob a direcção do Prof. Jenks parece mais discutível quanto à sua concordância com a *communis opinio* inglesa na matéria: «*when a party to contract, from whom performance is due, without lawful excuse fails to perform his promise, the contract is broken*» (§ 249, *Jenks' English civil law*, I, p. 98).

Com efeito, ao referir-se ao efeito liberatório de possíveis *lawful excuses*, este autor aparta-se da opinião generalizada que considera o *breach of contract* uma noção genérica, que é recolhida no § 312 do *Restatement norte-americano*.

Para um jurista continental, esta formulação oferece ainda o perigo de sugerir imediatamente transposições precipitadas com o tratamento da culpa contratual no seu direito nacional respectivo.

⁽⁸²⁾ Cfr. Anson-Guest, *ob. cit.*, p. 482.

3.º — Há ainda *breach* se uma das partes praticar qualquer acto que a impeça de executar a sua obrigação: é o exemplo célebre de *A* ter prometido casar com *B* quando morrer o pai daquele, tendo vindo, porém, a casar, antes de ocorrer tal morte, com um terceiro, *C* (*Frost v. Knight*, 1872. Ex.) — *implicit repudiation of the contract.* (33)

A doutrina inglesa põe em destaque que nos segundo e terceiro casos o *breach* pode ocorrer *antes* ou *depois* do tempo do cumprimento. Se ocorrer antes, os autores ingleses falam de um *anticipatory breach*, que tem os mesmos efeitos do *breach* que ocorrer *during performance*.

Assim, além do caso *Frost v. Knight* (1872), constituem exemplos de violações antecipadas, os casos em que *A* se compromete a entrar ao serviço de *B* no dia 1 de Junho de certo ano mas escreve em Maio ao futuro patrão, declarando-lhe que não tenciona executar a sua obrigação (*Hochster v. De la Tour*, 1853), ou ainda o caso em que *A* transmite a *C* uma casa que tinha prometido deixar *mortis causa* à mulher, *B* (*Synge v. Synge*, 1894, Q. B.).

A figura do *anticipatory breach* tem levantado dúvidas na doutrina inglesa, havendo um consenso geral de que a designação não é feliz: «o *breach* por ele (devedor) praticado é um *breach* de uma promessa vinculativa no presente não um *breach* antecipado de um acto a ser praticado no futuro». (34)

Ocorrendo um *anticipatory breach*, a parte inocente tem direito a optar entre a aceitação do repúdio e utilização imediata da acção de *damages*, que é o *remedy* adequado, até ao momento da *performance*. Como notam CHESCHIRE e FIFOOT,

(33) Na identificação dos casos, utilizamos o modo de citação da prática jurisprudencial e doutrinal inglesa. Assim *Frost v. Knight*, 1872, Ex, refere-se a um litígio cível de *Frost* (nome do autor ou *plaintiff*) contra *Knight* (apelido do réu, *defendant*), *Frost versus* (que, na linguagem oral, é referido como e, *and*), *Knight*, litígio julgado pelo tribunal do *Exchequer* em 1872. Sobre o modo de citação dos casos, consulte-se René David, *Les grands systèmes*, Parte III, título I, Capítulo III, Secção I, § 3.º

(34) *Bradley v. Newson* (1919), A. C., per Lord Wrenbury.

«o ponto essencial reside em que tal repúdio constitui uma violação do contrato *in omnibus* e dá direito à outra parte, se assim o entender, a accionar imediatamente por esta violação». ⁽³⁵⁾

Não podemos deixar de chamar a atenção de novo para o carácter geral de noção de *breach*: como escreve CONSTANTINESCO, «ela compreende todas as variedades de inexecução ou de violação das obrigações contratuais, sem distinção: inexecução, mora, má execução, impossibilidade, recusa de execução, *frustration* em qualquer forma e em qualquer obrigação contratual. No fundo, não há senão algumas formas de casos fortuitos, reconhecidos como tendo um efeito liberatório e agrupados sob rubricas como *impossibility*, *frustration* que começam a diferenciar-se do *breach*». ⁽³⁶⁾

O problema da responsabilidade contratual, como veremos à frente, distingue-se francamente no direito inglês e nos direitos continentais, entre os quais se conta o português, na medida em que aquele ignora o problema da culpa contratual.

6. *Efeitos do breach of contract*

Todas as vezes que há um *breach of contract* «surge uma acção de prejuízos (*action for damages*); mas, no caso de violação de promessa de pagar uma quantia fixada de dinheiro, não são reembolsáveis outros prejuízos, além da própria quantia e dos juros, se os houver» (§ 251 do Digesto de Jenks).

Além da *action for damages*, abreviadamente designada por *damages*, que surge sempre que ocorre toda e qualquer violação contratual (*breach*), pode esta dar origem à resolução (*discharge*) do contrato.

⁽³⁵⁾ *Ob. cit.*, p. 502.

⁽³⁶⁾ *Inexécution et faute*, p. 123.

Se o *breach* é suficientemente grave para dar origem à aludida *discharge of contract* resultam daqui dois importantes corolários ⁽³⁷⁾:

- a) A parte que não está em falta (*default*), além de poder exigir judicialmente *damages*, pode recusar-se (entenda-se, licitamente) a cumprir as obrigações que assumiu pela sua parte;
- b) Em segundo lugar, a parte que está em falta, não pode em princípio invocar qualquer estipulação (*term*) contratual que tenha sido incluída no contrato com o fim de a proteger de responsabilidade. ⁽³⁸⁾

Mas em que circunstâncias pode a parte inocente considerar que o *breach* produz a *discharge* do contrato?

Deve começar-se por chamar a atenção, como o fazem ANSON e GUEST, para o facto de que o *breach* em si não produz automaticamente a resolução (*discharge*): na verdade, apesar da impropriedade da expressão, a violação «não altera as obrigações de qualquer das partes decorrentes do contrato; o que pode fazer é justificar a parte ofendida, se ela assim escolher, a ter-se por absolvida ou liberta (*absolved or discharged*) de qualquer execução ulterior de um contrato». ⁽³⁹⁾

Daqui deriva que a *repudiation* de um contrato por uma das partes, mesmo antes do tempo do cumprimento, só opera a resolução se a outra parte assim o desejar: pois «*an unaccepted repudiation is a thing writ in water*» (Asquith L. J., in *Howard v. Pickford Tool Co. Ltd.*, 1951).

⁽³⁷⁾ Seguimos a exposição neste ponto de Cheschire e Fifoot, *ob. cit.*, p. 502.

⁽³⁸⁾ Esta questão, assim como a da noção de *fundamental breach* têm sido divergentemente resolvidas em decisões recentes. V. *Law Quarterly Review*, 87 (1971), pp. 515 a 531.

⁽³⁹⁾ *Ob. cit.*, p. 482.

Em que casos, porém, é que o *breach* pode justificar a outra parte do contrato em considerar-se liberta dos seus compromissos? Em dois grupos de casos, fundamentalmente:

- 1.º — Quando uma das partes indica, quer expressa quer implicitamente, que não tenciona cumprir a sua parte no contrato (v. *dictum* de Lord Blackburn, in *Mersey Steel and Iron Co. v. N. Benzon*, 1884), em muitos casos, portanto, de *anticipatory breach*;
- 2.º — Quando, tendo em atenção o contrato como um todo, a obrigação que é violada é de importância vital (isto é, não é de importância trivial) no contrato.

Vejamos estes casos com algum pormenor.

É pacífico no direito inglês que, antes da *performance* ser devida ou estar totalmente cumprida, o facto de uma das partes tornar claro, quer expressa quer implicitamente, que não cumprirá as suas obrigações, o seu repúdio dá direito à outra parte de considerar todo o contrato como resolvido, podendo imediatamente exigir em juízo *damages*. LORD SELBORNE num *dictum* citado a este propósito faz apenas notar que «se devem observar as circunstâncias reais do caso para ver se uma das partes do contrato está dispensada da sua execução futura em virtude da conduta da outra; deve-se examinar qual é o comportamento para ver se configura uma renúncia, uma recusa absoluta de cumprir o contrato... e se a outra parte pode aceitá-la como um motivo para não cumprir a sua parte». (40)

Questão mais complicada, mas que não podemos estudar em pormenor, é a que se levanta quando uma das partes, sem indicar expressa ou implicitamente que tenciona repudiar ou abandonar o contrato, viola uma ou mais das suas obrigações: é necessário então saber em que casos pode o *breach* fundar

(40) Caso *Mersey Steel... v. Naylor Benzon Co.* (1884).

licitamente a resolução do contrato pela parte inocente. Não é uniforme a jurisprudência dos tribunais ingleses na matéria. São em geral usadas metáforas que denotam as dificuldades da questão: «tem sido dito, por exemplo, que nenhum *breach* pode ser tratado como uma resolução do contrato, a não ser que vá até à raiz total e *consideration* do contrato, e não à mera parte dele, ou a não ser que afecte a própria substância do contrato, ou faça frustrar o objecto do empreendimento (*the object of venture*)». (41)

Num recente caso, LORD WILBERFORCE fez uma distinção entre dois tipos de *fundamental breach* que, à parte o seu carácter descritivo, não parecem ter quaisquer efeitos diversificados do ponto de vista de tratamento jurídico:

- a) «uma execução totalmente diferente da que o contrato contemplar» — é a situação de execução totalmente diversa ou *deviation, breach* que teve origem nos contratos em matéria marítima — recorda muito a figura autonomizada pela doutrina alemã, mas em contexto algo diverso, de *positive Vertragsverletzung*;
- b) «um *breach of contract* mais sério do que aquele que daria direito à outra parte a *damages* e que (pelo menos) lhe daria o direito de recusar a execução ou execução ulterior no âmbito do contrato». (42).

Como vimos atrás, o contrato em que uma das partes comete um *fundamental breach*, um *breach* que afecta *an obligation of vital importance* não resolve automaticamente o contrato, ao jeito da impropriamente chamada condição resolutiva tácita das doutrinas latinas, em certa fase da sua evolução: a parte inocente tem sempre o direito de optar entre considerar o contrato resolvido, aceitando a *repudiation* e não cumprindo as

(41) Cheschire e Fifoot, *ob. cit.*, p. 504.

(42) *Suisse Atlantique Societé d'Armement Maritime S. A. v. N. V. Rotterdamsche Kolen Centrale* (julgado pela Câmara dos Lordes em 1967), in *Fundamental breach: The aftermath of Harbutt's Plasticine*, in L. Q. R. 87, p. 520.

suas obrigações, podendo então agir judicialmente para obter *damages*, ou em ignorar o *breach*, esperando até ao momento do cumprimento, se ainda não tiver ocorrido, para exigir a prestação devida pela outra parte (não podendo então exigir desde logo *damages*). (43)

No caso de o contrato ser susceptível de execução específica (*equitable remedy*), como no caso de um contrato de venda de terrenos, a parte pode requer um *decree of specific performance*, sem esperar pela data convencionada para a execução (caso de *anticipatory breach*). Tal providência judicial não ordena a execução imediata, «mas quando a data convencionada chegar o tribunal dará instruções relativas à *performance* sem exigir a propositura de um novo *writ*». (44)

A questão mais difícil, sem dúvida, neste ponto é saber que critério pode ser usado para descobrir quando é que o *breach* frustra a intenção comercial do contrato ou viola uma *obligation of vital, not trivial importance*: DIPLOCK, L. J. exprime-se assim num *dictum* proferido em 1962:

«O teste sobre se um evento tem este efeito ou não foi exprimido num número de metáforas que todas, penso eu, convergem no mesmo ponto: a ocorrência do evento priva a parte que tem prestações ulteriores ainda a cumprir do benefício total que, na intenção das partes tal como estava expressa no contrato, ela devia obter como *consideration* para a execução

(43) No caso de um *anticipatory breach*, pode a opção da parte inerte pela atitude de ignorar a declaração da outra parte de que não tenciona cumprir o contrato envolver alguns riscos: assim no caso *Avery v. Bowden* (julgado em 1855 pelo *Queen's Bench*), o réu fretou o barco do autor num porto russo e convencionou fazê-lo carregar num período de 45 dias. Antes deste período ter passado, o réu avisou repetidamente o autor de que se devia ir embora, pois não conseguia obter a carga. O autor, porém, permaneceu no porto na esperança de que o réu cumprisse a sua promessa, mas este manteve a sua recusa em carregar o barco. Antes do termo deste prazo, rebentou a guerra da Crimeia entre a Inglaterra e a Rússia. O autor, por ter preferido ignorar a *repudiation* do réu, veio, porém, a ficar prejudicado, pois que a declaração subsequente de guerra veio a libertar o devedor, já que este teria cometido um acto ilícito se tivesse embarcado um carregamento num porto inimigo.

(44) Cheschire e Fifoot, *ob. cit.*, p. 506.

de tais *undertakings*» (*Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha, Ltd.*). ⁽⁴⁵⁾

Este critério é geralmente ilustrado e lança, por seu turno, luz sobre a intrincada distinção tradicional entre *condition* e *warranty*: sem podermos entrar em pormenores, dir-se-á que a *condition* «é um termo (oral ou escrito) que vai directamente «à raiz do contrato», ou é tão essencial à sua própria natureza que se for violado a parte inocente pode ter o contrato como resolvido (*discharged*). Por isso não será obrigado a fazer mais alguma coisa por força do contrato. Um *warranty* é um termo do contrato que é colateral ou subsidiário para o fim principal do contrato. Não é por isso tão vital, de modo a fazer resolver o contrato. Um *breach* de *warranty* só dá direito à parte inocente a uma acção de *damages*. Não pode considerar o contrato como resolvido». ⁽⁴⁶⁾

ANSON e GUEST consideram hoje que «o *approach* oitocentista que tentava classificar todas as cláusulas contratuais quer como *conditions* quer como *warranties* e basear as consequências jurídicas do *breach* nesta classificação é olhado cada vez mais como não realista e desorientador». ⁽⁴⁷⁾ Os casos de fronteira entre as duas qualificações só poderão ser resolvidos por apreciação judicial ou genericamente por classificação (mais ou menos arbitrária) em *statute* (é a solução empírica do *Sale of Goods Act* 1893 e do *Hire-Purchase Act* 1965). Trata-se de um ponto muito controvertido e em que a lei do Reino não parece estar satisfatoriamente traçada, sendo verosímil uma alteração legislativa que acompanhe a evolução doutrinal, parecendo provável que o *Código de Contratos*

⁽⁴⁵⁾ Omitimos aqui uma referência à problemática de saber se as *promises* de certo contrato são entre si independentes ou conexas. Ver Anson-Guest, *ob. cit.*, pp. 491-492.

⁽⁴⁶⁾ Padfield, *Law made simple*, p. 153. Aí se acrescenta: «quer *conditions*, quer *warranties* são cláusulas (*terms*) num contrato e cabe ao tribunal decidir perante cada contrato se, tendo em atenção as intenções das partes, uma cláusula é *condition* ou *warranty*. A importância disto reside no *remedy* em caso de *breach*». Uma análise da distinção é feita de modo crítico em P. S. Atiyah, *ob. cit.*, pp. 120 ss.

⁽⁴⁷⁾ Neste sentido, o caso há pouco citado de *Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki... Ltd.* (1962).

proposto pela *Law Commission* venha a propor a completa eliminação da distinção (P. S. ATIYAH).

Para finalizar, cabe pôr em relevo que, diferentemente da *renuntiation*, quer anterior quer contemporânea da *performance*, a *frustration by breach* depende de um teste objectivo «e não de qualquer intenção real ou inferida de abandonar o contrato. Deve também ser distinguida da verdadeira *frustration* com a qual tem uma certa afinidade. A resolução pela *frustration* só pode dar-se quando o *frustrating event* não é causado por culpa de qualquer das partes de um contrato; deve violar a intenção de ambas partes; e nenhuma opção é dada para manutenção do contrato que está automaticamente terminado na ocorrência do *frustrating event*». (48)

7. Remedies for breach of contract

Ocorrido um *breach of contract* a parte inocente tem, como vimos e em qualquer caso, uma via geral, a da acção de *damages*.

(48) Anson e Guest, *ob. cit.*, pp. 496-497. Não podemos agora aludir pormenorizadamente à doutrina da *Discharge of contract by Frustration*. Temos, porém, de fazer uma referência sumária, até para se perceber a referência feita pelos autores agora citados à noção de *culpa* que tem de ocorrer na *frustration by breach* (o que, de resto, não parece ser a opinião mais corrente modernamente).

A noção de impossibilidade superveniente e a distinção entre impossibilidade imputável a uma das partes ou devida a caso fortuito ou de força maior é muito importante para os direitos continentais (vejam-se, entre nós, os arts. 790.º, 791.º, 792.º, 793.º, 798.º, 801.º, 802.º CC). Em contrapartida, tal distinção não se revestia tradicionalmente de qualquer valor no direito inglês. O *breach of contract* era uma noção meramente objectiva — a mera inexecução seja qual for a sua causa. Como escreve Constantinesco: «no direito inglês, a responsabilidade era baseada unicamente na inexecução. O princípio é ainda válido, mesmo actualmente, porque o direito inglês não se preocupa de modo algum em saber se houve culpa na inexecução, logo se a inexecução foi culposa» (*ob. cit.*, pp. 129-130).

Esta noção absoluta, objectivista conforme a antiga tradição germânica, afluava no caso *Paradine v. Jane*, julgado em 1647 (o autor accionou a ré, exigindo-lhe a renda devida por certo arrendamento. Jane alegou que «um certo príncipe alemão, de nome Príncipe Rupert, nascido no estrangeiro, ini-

Além disso, ensina a doutrina inglesa que a parte inocente tem ainda a possibilidade de utilizar em certos casos outros *remedies*:

- a) se o *breach* é susceptível de resolver o contrato por atingir a «própria raiz» deste nos termos vistos atrás, e a parte decidir fazer operar a *rescission*, pode exigir a restituição do que já entregou ou o reembolso das despesas e trabalhos feitos através de uma via quase-contratual, a da *action quantum meruit*: é necessário apenas que a parte ofendida pelo *breach* tenha cumprido até então parte da prestação a que se obrigara como *consideration* do contrato;
- b) em certos casos especialmente previstos, pode a parte ofendida obter uma ordem para execução específica do contrato ou uma *injunction* para prevenir a violação deste. São meios de defesa provenientes da *equitable jurisdiction* e que são concedidos geralmente *at the discretion of the court*.

migo do Rei e do Reino, tinha invadido o reino (...) e com uma força armada tinha entrado no terreno dela, tinha-a expulso e desapossado... pelo que não tinha obtido os seus lucros»; o tribunal recusou-se a reconhecer o efeito liberatório da impossibilidade devida à força maior, «pois se o arrendatário se obrigou a fazer reparações numa casa, quer esta tenha ardido devido a trovoadas, ou seja destruída por inimigos, mesmo assim tem de a reparar»).

Em 1863, no caso *Taylor v. Caldwell*, o *Queen's Bench* adoptou a tese da *implied provision* para evitar os rigores do objectivismo extremo do *leading case* do séc. XVII; tendo o réu acordado em alugar ao autor uns jardins e sala de espectáculos para dar representações, no dia antes deste espectáculo, o *music-hall* foi destruído pelo fogo. O autor accionou o réu por *breach of contract*, pois em virtude do incêndio, não imputável ao arrendatário, não tinha recebido a renda nem realizado o seu lucro. O juiz Blackburn entendeu que o princípio lhe pareceu ser o de que, nos contratos em que a execução dependa da existência continuada de uma certa pessoa ou coisa, está implícita uma *condition* de que a impossibilidade da execução proveniente do perecimento da coisa ou pessoa liberará da execução (*shall excuse the performance*)).

Surge assim a doutrina da *frustration of the adventure* que, no entanto, não está ligada à consideração da existência ou não existência de culpa. As experiências da guerra levam à publicação do *Law Reform (Frustrated Contracts)* de 1943. Os casos da Coroação de Eduardo VII e do Suez introduziram o princípio de *Discharge by Frustration*, ainda hoje muito difícil de sistematizar. V. Anson e Guest, *ob. cit.*, pp. 453 a 481, P. S. Atiyah, *ob. cit.*, pp. 163 e ss., *maxime* 169.

Neste estudo, fixamo-nos exclusivamente no estudo do *remedy* geral constituído pela *action for damages*: iremos, pois, atender à configuração da obrigação de indemnização que pode surgir a cargo do autor do *breach*. Neste ponto, aproximamo-nos muito da *law of Torts*, pois que, como ensina P. H. WINFIELD, a *tortious liability* «surge de uma violação de um dever primariamente fixado por lei (...) e este *breach* é reparável (*redressible*) por uma acção de *unliquidated damages*», ao passo que, de forma semelhante, «cada violação contratual dá direito à parte ofendida a *damages* pela perda que sofreu». (49)

Aliás, o facto da *action for damages* ser o *remedy* geral da *common law* quer para o *breach of contract* (*contractual liability*) quer para a *tortious liability* não significa que a história do direito inglês conhecesse uma só *action* para o *breach of contract* e para os *torts*. Pelo contrário, antes da abolição das formas de acção a confusão entre *tortious* e *contractual liability* era, por vezes, aumentada pelo facto de ser possível accionar *in tort* por causas de pedir que eram na verdade contratuais. (50) Não podemos deixar de ter presente a observação geral do historiador SIR HENRY MAINE, de que «é tão grande o ascendente do direito das acções na infância dos tribunais, que o direito substantivo tem a princípio o aspecto de ser segregado gradualmente nos interstícios do processo». (51)

Por outro lado, deve também acrescentar-se que há casos em que o mesmo *wrong* configura hoje ainda um *breach of contract* e um *tort* simultaneamente, levando por vezes a certa perplexidade doutrinal no traçado de uma distinção dos tipos de responsabilidade.

Como escreve SALMOND, «há muitas ocasiões em que uma pessoa voluntariamente se obriga por contrato a realizar

(49) Cfr. P. H. Winfield on Torts, 7.ª ed., 1963, p. 5 e Anson-Guest, *ob. cit.*, p. 505.

(50) Sobre a utilização dos *writs of debt, detinue, covenant* em casos de fronteira, v. o resumo histórico traçado por Constantinesco, *ob. cit.*,

(51) *Early law and custom*, p. 389, transcrito em *Salmond on torts*, 13.ª ed., 1961, p. 1.

qualquer *duty* a que já está adstrito independentemente de qualquer *contract*. A violação desse contrato é também um *tort*, na medida em que a responsabilidade teria igualmente existido em tal caso, mesmo se não tivesse existido qualquer *contract*, por exemplo quando um passageiro viaja de combóio munido de bilhete e sofre ferimentos em virtude de negligência da companhia de caminhos de ferro, esta é culpada de um *wrong*, que é simultaneamente um *breach of contract* e um *tort*». ⁽³²⁾ ⁽³³⁾

Igualmente as obras da especialidade da doutrina inglesa referem alguns casos de cúmulo de qualificação como *breach of contract* e como *tort* de certos *wrongs*: assim o arrendatário (*bailee*) que ilicitamente se recusa a restituir a propriedade que lhe foi arrendada, comete um *breach of contract* e um *tort* (por um lado devia restituir a coisa locada *ex contractu in due time*; por outro lado é um princípio imposto por lei, cuja violação configura uma forma típica de *tort*, de que «*no one has a right to detain another's property without some special justification*»).

A responsabilidade concorrente por *tort* e *breach of contract* existe, segundo a jurisprudência inglesa, nos casos dos *bailees*, transportadores (*carriers*) e, ao que parece, das pessoas que exercem certas profissões de interesse público, que desempenham nos termos empíricos da *common law* um *common calling*, tendo por isso deveres para com o público, como acontece no caso dos ferreiros e estalajadeiros ⁽³⁴⁾. Mais duvidosa é a posição dos médicos, cirurgiões e dentistas. ⁽³⁵⁾ Em contrapartida,

⁽³²⁾ *Salmond on Torts*, 13.^a ed., a cargo de Heuston, p. 11.

⁽³³⁾ A doutrina anglo-saxónica não é unânime sobre a natureza das obrigações violadas que dão origem à *contractual liability*. Embora prevaleça a tese da sua natureza voluntária, por tais obrigações provirem de um *agreement*, o *leading work* de Prosser, jurista norte-americano, considera-as de natureza legal. V. Winfield, *ob. cit.*, p. 6, n. (11).

⁽³⁴⁾ *Salmond, ob. cit.*, p. 12.

⁽³⁵⁾ *Salmond, ob. cit.*, p. 12. *Winfield on Tort*, p. 6: «Um dentista que celebra um contrato para arrancar o meu dente é, evidentemente, responsável quanto a mim por inexecução contratual (*breach*) se me fere em virtude de uma extracção defeituosa. Mas também é responsável pelo *tort* de *negligence*; porque todo aquele que exerce uma arte numa profissão (*skill in a calling*) é obrigado por lei, haja ou não contrato, a mostrar um nível razoável em tal arte».

embora aparentemente sem grande lógica, a doutrina é unânime em que um arquitecto, um corretor de bolsa, um *solicitor* e um limpa-janelas só podem ser responsáveis por *breach of contract*.

Dubitativamente SALMOND e HEUSTON, seguindo HALSBURY, aceitam como explicação desta dualidade de regimes a observação de que «pode ser que a linha de distinção resida entre os casos em que a *failure to perform* de um dever provocará ferimentos ou ataques (*injury*) a pessoas ou a propriedade e os casos em que não terá tal resultado». (56)

Perante o que acabamos de dizer, o jurista continental quase se sente tentado a abandonar a investigação ulterior das linhas mestras de um sistema jurídico que vigora ainda numa sociedade tecnologicamente muito avançada, conservando paradoxalmente as *singularitates iuris* próprias de uma época feudal e de organização corporativa dos *trades and callings*.

8. *A action for damages*

Escolhemos, pois, para efeitos de comparação com os direitos continentais em matéria de responsabilidade contratual apenas o *remedy* ou meio de tutela contra um *breach* que é considerado caber em todo e qualquer caso de violação contratual, a menos que se possa falar em *discharge by frustration*.

Os outros *remedies*, que teriam interesse para uma consideração global da *law of contract* inglesa, exorbitam, porém, dos propósitos mais modestos atrás referidos e são por isso omitidos aqui.

Ensinam os autores ingleses que, se exceptuarmos o caso de uma dívida pecuniária (*debt*), em que o *repayment* (cumprimento forçado) pode ser especificamente executado (*enforced*) segundo a *common law*, o único *remedy* para o *breach of contractual promise* no âmbito da *common law* é o da *action for damages*, abreviadamente designado por *damages*.

(56) *Ob. cit.*, p. 12 e n (17).

Mas como e em que circunstâncias pode a parte inocente exigir judicialmente uma quantia em dinheiro que compense os prejuízos sofridos (*damages*)? ⁽⁵⁷⁾ Vamos tentar sistematizar e indicar as circunstâncias com a possível concisão, o que, de resto, não é tarefa fácil.

- a) Antes de mais, tem de a outra parte do contrato ter praticado um *breach of contract* nos termos e nas formas que acabámos de examinar — trata-se, pois de um pressuposto essencial e logicamente preexistente. O desenvolvimento da moderna doutrina de *discharge by frustration* obrigará ainda a averiguar se não terá ocorrido uma causa exoneratória da parte que não cumpriu, ponto que não tratamos agora *ex professo*;
- b) em segundo lugar, deve tendencialmente exigir-se a verificação de um prejuízo (*loss*), sofrido pelo *plaintiff*, e que tenha sido causado pelo *breach of contract* atrás aludido (a atribuição de *nominal damages*, porém, introduz certa desorientação sobre a essencialidade deste pressuposto, como veremos à frente).

Mas aqui tem de introduzir-se uma limitação importante: mesmo partindo do princípio de que existiu um prejuízo e que foi causado pelo *breach* imputável objectivamente à outra parte, em todo o caso «o direito não compelirá, mesmo assim, o réu a assumir responsabilidade por todo o prejuízo que o autor tenha plausivelmente (*conceivable*) sofrido como consequência do *breach*». ⁽⁵⁸⁾

Segundo a construção doutrinal inglesa, que se apoia em especial numa célebre decisão de 1854 do *Exchequer Court*, certos prejuízos podem ser demasiado remotos (*too remote*) e por estes o autor não tem direito a uma indemnização.

⁽⁵⁷⁾ Na clássica definição de Mayne, autor oitocentista que escreveu um tratado sobre *damages*, «*damages are the pecuniary satisfaction obtainable by success in an action*». Esta clássica definição é tida por muito lata, anotando Earengy que os juristas distinguem vulgarmente entre *debt* e *damages*. V. *Mayne's Treatise on Damages*, 11.^a ed., p. 1 e nota (a).

⁽⁵⁸⁾ Anson-Guest, *ob cit.*, pp. 505-506.

Os autores ingleses a este propósito chamam a atenção para uma distinção fundamental que nem sempre é devidamente posta em relevo pelas decisões jurisprudenciais que versam o *damage* ou *damages*.

CHESCHIRE e FIFOOT, por exemplo, começam por ensinar que a extensão até onde o autor pode pedir *damages* por *breach of contract* não foi considerada totalmente pelos tribunais até ao caso *Hadley v. Baxendale*, julgado em 1854: mesmo assim o princípio consagrado por este caso, apesar de continuamente reproduzido e comentado, foi várias vezes objecto de confusões devido a certa imprecisão de linguagem (*remoteness of damages, damage too remote, remote consequences, measure of damages, etc.*).

Em seguida, apontam uma distinção muito importante entre as questões diferenciadas da *remoteness of damage* e da medida dos prejuízos nos seguintes termos, hoje apontados pela restante doutrina também. ⁽⁵⁹⁾

A *question of remoteness of damages* liga-se à pergunta «por que tipo de prejuízo tem direito o autor a receber compensação?»

Como disse LORD WRIGHT no caso *Liebosch Dredger v. Edison Steamship* (1933), que versava, aliás, um caso de *tort*: «o direito não pode levar em conta tudo o que se segue a um *wrongful act*, encara certas matérias subsequentes como fora da sua selecção, porque «seria infinito para o direito apreciar a causa das causas», ou consequências. Na teia variada de negócios o direito deve abstrair de certas consequências como relevantes, não talvez em sede de pura lógica, mas simplesmente em virtude de razões práticas».

Nesta medida *Hadley v. Baxendale* «definiu o tipo de *damage* que é objecto apropriado de compensação e excluiu todo os outros como sendo demasiado remotos. A decisão disse

(⁵⁹) Ver sobre este ponto Dr. Cortes Rosa, *A delimitação do prejuízo indemnizável em direito comparado inglês e francês*, in RFDUL, XIV, p. 340: «A delimitação do prejuízo indemnizável é um problema que se configura do seguinte modo: Quais, dentre os danos emergentes da prática do acto ilícito, devem ser cobertos pelo autor do referido acto?».

respeito apenas aquilo que correctamente é chamado *remoteness of damage*, e levará a clarificar o pensamento e tratamento, se esta expressão for reservada para todos os casos em que o réu nega a responsabilidade por certas das consequências que decorreram da sua inexecução. Se o prejuízo é demasiado remoto é uma questão para o juiz»⁽⁶⁰⁾ — extensão do dano a indemnizar ou delimitação do prejuízo indemnizável, nas expressões consagradas da doutrina continental.

Outra questão bastante diversa e que não se deve confundir só surge quando o tribunal decidir que certo prejuízo é suficientemente próximo de acordo com o precedente de *Hadley v. Baxendale*, e diz respeito à compensação pecuniária real que se há-de pagar pelo prejuízo anteriormente delimitado, — é a clássica *question of measure of damages*. «A resposta dada pelos tribunais em muitos casos que se sucedem desde 1828 até ao presente é que deve haver *restitutio in integrum*, isto é, deve ser paga ao autor uma compensação monetária total pelo prejuízo próximo que sofreu. Tem direito a uma compensação total, mas só contra as consequências usuais, não contra as não usuais». ⁽⁶¹⁾

9. *A teoria da remoteness of damage*

A fundamentação jurisprudencial ou *foundation of the law* nesta matéria surge na célebre decisão do BARÃO ALDERSON na *Court of Exchequer* no citadíssimo caso *Hadley v. Baxendale*, julgado em 1854:

«Quando duas partes fizeram um contrato que uma delas violou, os danos que a outra parte deve receber relativos a tal

⁽⁶⁰⁾ Cheschire e Fifoot, *ob. cit.*, p. 515.

⁽⁶¹⁾ Cheschire e Fifoot, *ob. cit.*, p. 515. Cfr. Mayne-Earengay: «em teoria, os *damages* são uma compensação e satisfação pela ofensa (*injury*) sofrida. A soma de dinheiro a atribuir como reparação do prejuízo deve ser, por isso, tanto quanto possível a quantia que porá a parte ofendida na mesma posição em que teria estado se não tivesse sofrido o ilícito (*wrong*) por conta do qual está a obter *damages*» (*ob. cit.*, p. 9).

Cfr. o art. 562 C.C. português: «quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação».

breach of contract devem ser tais que possam ser *justa e razoavelmente (fairly and reasonably)* considerados quer como surgindo naturalmente, isto é, de acordo com o *curso* usual das coisas, de tal violação contratual em si, ou tais que possam ser razoavelmente considerados como tendo estado na contemplação de ambas as partes, ao tempo em que fizeram o contrato, como resultado provável da sua violação».

O caso que deu origem à regra transcrita, é assim resumido pelo juiz:

«O moinho dos autores deixou de funcionar em virtude da quebra de um biela (*crankshaft*) e foi necessário enviar a peça aos fabricantes para servir de modelo à fabricação de uma peça nova. Os réus, Baxendale, que eram transportadores (*carriers*) comprometeram-se a entregar a biela aos fabricantes mas a única informação que lhes foi dada, foi a de que «o antigo a ser transportado era a biela quebrada de um moinho e que os autores eram os moleiros desse moinho». Por uma qualquer falta de cuidado (*neglect*) da sua parte, eles atrasaram a entrega da peça e em consequência disso o moinho não pode ser de novo posto a trabalhar a não ser algum tempo depois daquele em que, de outro modo, poderia ter sido posto a trabalhar. Os autores perderam lucros que de outro modo teriam feito». ⁽⁶²⁾

A regra de *Hadley v. Baxendale* pode ser analisada em dois ramos ou sub-regras: estabelece-se pois aí que são recuperáveis os *damages*:

- 1.º — quando são «tais que podem justa e razoavelmente ser considerados como surgindo naturalmente, isto é, de acordo com o curso ordinário das coisas»;
- 2.º — quando são «tais que podem ser razoavelmente considerados como tendo estado na contemplação de

⁽⁶²⁾ Resumo judicial da questão, transcrito em Anson-Guest, *ob. cit.*, p. 507.

ambas as partes ao tempo em que fizeram o contrato», *desde que, em ambos os casos, sejam o resultado provável do breach.* ⁽⁶³⁾

O Barão ALDERSON explicou ainda o sentido da regra numa longa passagem que parece dever transcrever-se aqui:

«Ora se as circunstâncias especiais em que o contrato foi realmente feito fossem comunicadas pelos autores aos réus, e fossem assim conhecidas de ambas as partes, os prejuízos que resultassem da violação de tal contrato, *que teriam razoavelmente contemplado*, seriam o total da ofensa (*injury*) que se seguiria normalmente de tal violação contratual nessas circunstâncias especiais, assim conhecidas e comunicadas. Mas, por outro lado, se estas circunstâncias especiais fossem totalmente desconhecidas da parte que violou o contrato, ela, quando muito, só poderia ser considerada como tendo tido na sua previsão (*contemplation*) o total dos prejuízos (*the amount of injury*) que se teriam geralmente produzido e, na grande multidão de casos não afectados por quaisquer razões especiais, na violação de tal contrato. Pois, se tivessem sido conhecidas as circunstâncias especiais, podiam as partes ter regulado especialmente tal violação contratual através de estipulações especiais relativas aos prejuízos naquele caso, e seria injusto privá-las desta vantagem». ⁽⁶⁴⁾

Por esta longa transcrição, pode ver-se que a previsibilidade do dano por cada uma das partes, dano que resultou do incumprimento da obrigação contratual por uma delas, se acha fundamentada *num conhecimento concreto das circunstâncias do mesmo caso* (2.ª sub-regra de *Hadley v. Baxendale*).

No caso concreto que deu origem à decisão, o tribunal fez notar que as circunstâncias que os autores tinham dado a conhecer aos réus não levaram a concluir ou prever que uma demora na entrega devida da peça ao fabricante acarretaria uma para-

⁽⁶³⁾ Segundo a interpretação do caso *Koufos v. C. Czarnikow, Ltd.* (1967), as *palavras finais regem ambos os ramos da regra*. V. Anson, *ob. cit.*, p. 506.

⁽⁶⁴⁾ Transcrito em Anson-Guest, *ob. cit.*, p. 507.

gem do moinho e uma perda dos lucros na respectiva produção de farinha. Como notam ANSON e GUEST, ao referirem a controvérsia, «os autores podiam ter outra biela, ou podia ter havido outro qualquer defeito na maquinaria que causasse a paragem». (65)

Compreende-se assim que o tribunal tenha absolvido os réus do pagamento de uma indemnização pelos lucros cessantes resultantes do prolongamento da suspensão de laboração.

Levanta, porém, certas dúvidas entre os autores e magistrados a articulação dos dois ramos da regra de *Hadley v. Baxendale*.

Lord Justice ASQUITH tentou elucidar as conexões recíprocas das duas sub-regras, ao julgar no *Court of Appeal* o caso *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newmann Industries, Ltd.* (1949). Segundo o *dictum* deste magistrado, o princípio geral que governa ambos os ramos de regra é o de que a parte ofendida só tem direito a recuperar uma parte tal do prejuízo que resulte realmente do *breach*, que fosse ao tempo do contrato razoavelmente presumível como sendo susceptível de resultar do incumprimento. «O que era assim nessa altura razoavelmente previsível depende do conhecimento então tido pelas partes ou, em qualquer caso, pela parte que mais tarde comete o *breach*. Para este fim, o conhecimento tido é um de dois tipos: um imputado (presumido), outro real. Todas as pessoas, enquanto razoáveis, são consideradas como conhecedoras do *ordinary course of things* e conseqüentemente de que prejuízos são capazes de resultar de um incumprimento do contrato naquela ordem normal (*ordinary course*). Eis o objecto do 1.º ramo da regra. Mas a este conhecimento que se presume que quem viola o contrato tem, quer o tenha realmente ou não,

(65) Conclui a decisão referida: «É óbvio que, na grande maioria dos casos de moleiros que mandam peças partidas a terceiros por um transportador, em circunstâncias normais tais conseqüências não se teriam produzido com toda a probabilidade; e estas circunstâncias especiais nunca foram comunicadas pelos autores aos réus. Daqui resulta, por isso, que a perda de lucros não pode aqui considerar-se razoavelmente uma tal conseqüência da inexecução contratual como teria sido justa e razoavelmente prevista por ambas as partes quando fizeram este contrato...»

poderá ser acrescentado num caso particular um conhecimento que ele realmente tenha de circunstâncias especiais, fora do *ordinary course of events*, de um tipo tal que um *breach* nestas circunstâncias especiais seria susceptível de causar mais prejuízos. Tal situação impõe o funcionamento do 2.º ramo da regra e faz que este prejuízo adicional seja indemnizável. Em nenhum dos ramos é necessário que o autor de inexecução se tivesse realmente interrogado sobre que prejuízo seria susceptível de resultar de uma inexecução. Basta que, se ele tivesse considerado a questão, tivesse concluído como um homem razoável que o prejuízo era susceptível de ocorrer». ⁽⁶⁶⁾ ⁽⁶⁷⁾

Por seu turno existe uma convicção judicial arreigada de que a regra é uma só, embora susceptível de bipartição para efeitos didácticos: o juiz DEVLIN, num caso julgado em 1950, considerou que é enganoso subdividir o que é em si uma regra unitária. Com a aprovação de CHESHIRE e FIFOOT, insistiu em que «só há uma área a ser explorada, e é a que está dentro da previsão do réu como um homem razoável à luz do conhecimento, real ou presumido, (*actual or imputed*) que tem ao tempo do contrato» (caso *Biggin & Co. Ltd. v. Permanite Ltd. e outros*).

Na recente decisão do caso *Koufos v. Czarников, Ltd.* (1967) foi reafirmado com a especial autoridade da Câmara dos Lordes que, embora haja dois ramos da regra *Hadley v. Baxendale*, essencialmente *formam ambos parte de um único princípio geral*. A exposição de Lord ASQUITH foi descrita como uma «válida e justificável clarificação dos princípios que *Hadley v. Baxendale* queria exprimir».

⁽⁶⁶⁾ Anson-Guest, *ob. cit.*, p. 508.

⁽⁶⁷⁾ O Dr. Cortes Rosa procura traduzir «com algum rigor» em termos dogmáticos continentais esta orientação jurisprudencial: «para o direito inglês, um prejuízo emergente da violação do contrato é considerado ressarcível quando as circunstâncias que são do conhecimento de ambos os contraentes no momento da celebração do contrato levam as partes a encarar a probabilidade de o prejuízo emergir da violação, ou quando outras circunstâncias que nesse mesmo momento são do conhecimento geral, permitem razoavelmente estabelecer que o prejuízo emerge da violação do contrato» (art. cit., in RFDUL, XVI, p. 353). A ordem dos casos previstos nos dois ramos está invertida.

Deve notar-se que a formulação de ASQUITH em termos de *reasonable foresight* da perda *liable to result* foi criticada por alguns Lordes, com o argumento de que poderia criar confusão com a regra respeitante a *remoteness of damage na province of tort* (responsabilidade delitual) onde um réu será tido como responsável pelo prejuízo que é razoavelmente previsível como capaz de ocorrer mesmo que o risco seja muito pequeno⁽⁸⁸⁾ — «neste caso de *Koufos v. C. Czarnikow Ltd.*, Lordes REID e UPJOHN preferiram a frase original usada por ALDERSON — «*in the contemplation of the parties*» — e uma maioria dos Lordes distinguiu a regra de *tort*, exigindo que a perda deve ser «*não muito inusual e facilmente previsível*», ou que deve haver «*a real danger*» ou «*a serious possibility*» da sua ocorrência». (89)

10. *Análise e ilustração do 1.º ramo da regra de Hadley v. Baxendale*

É usual nos tratadistas ingleses da *law of contract* proceder-se ao estudo dos dois ramos ou sub-regras de *Hadley v. Baxendale* separadamente, procurando-se em seguida facilitar a compreensão do sentido destes princípios através da narração e comentário de casos clássicos de *illustration*, tão queridos da doutrina anglo-americana. Deve, porém, notar-se que os casos aqui apontados são muitas vezes utilizados por outros autores para ilustrar o 2.º ramo da regra, sendo artificial esta distinção.

(88) O problema da *remoteness of damage* é extremamente discutido em matéria de *tort*, onde, partindo-se da ideia da *conditio sine qua non* ou *causa causans*, se introduzem novas limitações, nomeadamente *reasonable foresight* e provenientes do *test of directness*. Cfr. Dr. Cortes Rosa, *art. cit.*, pp. 354 e ss., *Winfield on Tort*, pp. 205 a 248, *Salmond on Torts*, pp. 740 ss., John G. Fleming, *The Law of Torts*, 1971, 4.ª ed., 177 e ss.

(89) V. Anson-Guest, *ob. cit.*, p. 509. P. S. Atiyah escreve na sua introdução ao direito dos contratos que temos citado que «*não deve considerar-se que a regra de Hadley v. Baxendale é simplesmente uma fórmula arbitrária, ainda que conveniente. Pelo contrário, há uma forte base racional para julgar um réu responsável com fundamento no normal ou previsível, mas não no anormal ou imprevisível*» (*ob. cit.*, p. 271).

Propondo-nos também adoptar esta divisão para fins analíticos, não queremos, porém, deixar de sublinhar *que ambos os ramos se reconduzem a um princípio único*, ponto a que o caso *Koufos* veio ultimamente emprestar a sua *authority*, não devendo ser afastado, enquanto não ocorrer qualquer alteração legislativa ou enquanto a *House of Lords* não decidir *to overrule* o seu próprio precedente. (70)

Lembremos que este primeiro ramo trata de *damages* enquanto são considerados *fairly and reasonably* como tendo origem naturalmente, de acordo com o *usual course of things*, no *breach of contract*, constituindo tais *damages* o provável resultado desta inexecução.

A responsabilidade pelos *damages* é assim reconduzida ao conhecimento imputado, presumido ou, talvez até, ficto das partes quanto à susceptibilidade de produção dos *damages* segundo o *curso ordinário das coisas*.

Neste ponto, há hoje que contar com disposições escritas do *Sale of Goods Act* de 1893 que regulamentam a obrigação de indemnizar por *breach of contract of sale of goods*. Segundo as secções 50, subs. 2.ª, e 51, subs. 1.ª, deste diploma, a medida dos *damages* pela recusa de aceitação ou pela falta de entrega é considerada ser a «*estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events from the buyer's or seller's breach of contract*» (71). A formulação da lei escrita (*statute law*) quase decalca o *dictum* de ALDERSON, proferido cerca de quarenta anos antes.

É curioso realçar que os tribunais ingleses se preocupam em primeiro lugar com a averiguação sobre se existe um *available market* para as mercadorias em questão, devendo calcular-se a *estimated loss* pela diferença entre o preço do *con-*

(70) Sobre a possibilidade de a Câmara dos Lordes afastar os seus próprios precedentes, cfr. Padfield, *Law made simple*, 1970, p. 19 onde se transcreve a declaração feita em 1966 pelo Lord Chancellor, em nome dos *Lords of Appeal in Ordinary*. Sobre a teoria do precedente v., além da obra exaustiva de Cross, Simpson, estudo sobre o *ratio decidendi*, incluído in *Oxford essays in jurisprudence*, pp. 148 e ss.

(71) Texto transcrito em Anson-Guest, *ob. cit.*, p. 509.

tract e o preço do mercado ou preço corrente, ao tempo em que as mercadorias deviam ter sido aceites pelo comprador ou entregues pelo vendedor e, não tendo sido convencionado o tempo da prestação, terá de atender-se aos preços do mercado ao tempo da recusa do comprador em aceitar ou do vendedor em entregar.

A razão que justifica esta regra de cálculo foi dada pelo *Chief Justice Tindal* no caso *Barrou v. Arnaud* (1846), bastantes anos antes da publicação da lei parlamentar há pouco referida:

«Quando um contrato para entrega de mercadorias a um certo preço não é cumprido, a *proper measure of damages* em geral é a diferença entre o preço contratual e o preço de mercado de tais bens, ao tempo em que ocorre a inexecução, porque o comprador, tendo o dinheiro nas mãos, pode ir ao mercado e comprar. Assim, se um contrato para receber e pagar as mercadorias não é cumprido, a mesma regra pode ser adequadamente aplicada; porque o vendedor pode levar os seus bens ao mercado e obter o preço corrente por eles». ⁽⁷²⁾

ANSON e GUEST ilustram assim a regra: se *A* promete vender e entregar a *B* dez mil toneladas de carvão a £ 20 por tonelada em 8 de Fevereiro e não cumpre, sabendo nós que o *market price* do carvão da mesma qualidade era no dia convencionado para a entrega de £ 22 por tonelada, *B* pode obter como *damages* pelo incumprimento a diferença entre os dois preços, a saber vinte mil libras (duas libras por tonelada).

Em relação às transacções de automóveis, a jurisprudência recente tem-se inclinado para entender que, quando o comprador não aceita a entrega do automóvel que comprara ao vendedor, só pode recuperar *nominal damages*, isto é, uma quantia simbólica, normalmente de duas libras, que o tribunal concede ao autor para lhe mostrar que tinha razão ao pre-

⁽⁷²⁾ Transcrito em Anson e Guest, *ob. cit.*, p. 519.

tender que ocorreu um *technical breach*, embora não tivesse sofrido *real loss* ⁽⁷³⁾.

Sendo impossível analisar pormenorizadamente os cambiantes jurisprudenciais em matéria de *remoteness of damage*, convirá em todo o caso chamar a atenção para que o conhecimento do *normal* ou *ordinary course of things* pode ser descoberto através da observação da *normal business position* das partes do contrato.

Assim, no caso *Koufos v. C. Czarnikow, Ltd.* (1967), a firma *Czarnikow*, comerciante de açúcar, fretou o navio *Heron II* de *Koufos* para transportar um carregamento de açúcar de Constança para Basrah. O navio desviou-se sem autorização da rota convencionada, com o resultado de que a viagem demorou mais tempo, dando-se uma baixa de preços no mercado de açúcar do porto de destino, pelo que os comerciantes perderam três mil e oitocentas libras no preço total. A Câmara dos Lordes entendeu que o armador devia saber presumivelmente que os preços num mercado de bens de consumo deviam flutuar e condenou-o a indemnizar os comerciantes, apesar da declaração deste de que não possuía *special knowledge* das flutuações sazonais ou outras do mercado de açúcar ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷³⁾ V. Padfield, *ob. cit.*, p. 183. Confrontem-se os casos *W. L. Thompson, Ltd. v. Robinson (Gunmakers), Ltd.* (1955), em que, perante condições de excesso de oferta sobre a procura de carros *Vanguard*, foi reconhecido aos vendedores, subconcessionários da *Vanguard*, o direito a uma indemnização pelos lucros cessantes, pois não conseguiram vender o carro que os réus se tinham comprometido a comprar, conseguindo apenas a devolução, sem recebimento de lucros, do automóvel ao concessionário.

Em 1957, perante outra conjuntura no mercado dos automóveis, os vendedores só tiveram direito, em relação aos compradores que não receberam o automóvel, a *nominal damages* (*Charter v. Sullivan*).

⁽⁷⁴⁾ Sobre este caso, veja-se a posição crítica de P. S. Atiyah que verbera a Câmara dos Lordes por se ter quedado na procura de uma única fórmula verbal para exprimir o problema da previsibilidade, notando que «no resultado a Câmara dos Lordes parece ter acordado em «*not unlikely*» para exprimir da forma mais acurada o grau necessário de previsibilidade» (*ob. cit.*, p. 272).

No célebre caso *Monarch Steamship Co. Ltd. v. Karlshanns Öliefabriker* (1949), entendeu-se que a *normal business position* das partes podia justificar o conhecimento dos armadores ingleses de que um atraso na partida de um navio destes, devido ao estado deficiente das caldeiras, podia provocar sérios prejuízos para os importadores suecos de sementes de soja, pois se estava em Abril de 1939 e a ameaça de guerra era bem conhecida de todos. Devido às avarias e respectivas reparações, o navio só muito tarde se fez ao mar, vindo do Japão e, em vez de chegar em Julho de 1939 à Suécia, só em Setembro de 1939 chegou a águas europeias, pelo que foi requisitado pelo Almirantado britânico, em virtude da recente declaração de guerra à Alemanha, tendo a carga de ser desembarcada em Glasgow e transferida, à custa dos importadores, para navio neutral, que transportou finalmente a soja até ao seu destino.

Lord WRIGHT entendeu que os custos de desembarque, transferência e frete em barco neutral deviam ser suportados pelos armadores ingleses, pois que *experienced business men* deviam saber que na pendência de uma ameaça de guerra, um dos riscos resultantes da viagem seria a *diversion* do navio pelo Almirantado, não sendo demasiadamente afastado (*too remote*) o *damage* consequente do estado de inavaliabilidade do navio por avaria mecânica, devendo os industriais suecos ser por isso reembolsados das despesas feitas com a transferência de carga e restante frete.

Por outro lado, é também considerado irrelevante (*immaterial*) que o *breach* seja de um tipo que não possa ser razoavelmente previsto pelas partes, pois que estas contemplam naturalmente a *performance* e não a inexecução.

Assim, no caso *Banco de Portugal v. Waterlow and Sons, Ltd.* (1932), a sociedade ré que celebrara um contrato de impressão de notas bancárias para o banco português, entregou por negligência a um certo M., chefe de um grupo internacional de criminosos, quinhentas e oitenta mil notas de certo tipo, que foram posteriormente postas a circular em Portugal. Ao ser descoberta a fraude, o Banco retirou da circulação

todas as notas desse tipo e trocou-as por outras. Em seguida, intentou uma acção contra a sociedade ré invocando *damages* pelo *breach of contract*, que abrangiam os valores das notas trocadas e do custo de impressão das notas retiradas de circulação. Por maioria, a decisão da Câmara dos Lordes foi favorável ao autor, por se ter entendido que o prejuízo sofrido, embora resultante de um *breach* que dificilmente podia ter sido previsto pelas partes ao tempo da celebração do contrato, devia ser considerado como decorrente da *business position* das partes, tendo origem naturalmente na inexecução do contrato pelos impressores.

Finalmente no caso *Victoria Laundry (Windsor) v. Newmann Industries, Ltd.* (1949), a empresa autora encomendou uma segunda caldeira para o seu estabelecimento de lavanderia e tinturaria, com vista a aumentar o seu giro comercial na mira de celebrar certos contratos muito vantajosos com o Ministério do Abastecimento para tingir tecidos. A entrega devia ter sido realizada em Junho, mas os fornecedores só vieram a fazer tal entrega em Novembro, por terem provocado culposamente danos na caldeira, em virtude de uma queda ocorrida nas suas instalações. A empresa autora pretendia o pagamento do total dos lucros cessantes, em virtude da não celebração do contrato com o Ministério. Na primeira instância, o juiz STREATFIELD entendeu que a autora não podia incluir na medida dos *damages* a perda dos lucros durante o mora. A decisão foi alterada pela *Court of Appeal*. Lord Justice ASQUITH fez notar que os réus sabiam já ao tempo do contrato e até antes da celebração que a autora era uma empresa de lavanderia e tinturaria e necessitava da caldeira para uso imediato no comércio. Pela sua experiência técnica e pelas relações contratuais existentes, devia presumir-se que teriam previsto que alguma diminuição de lucros resultaria da mora. Mas na ausência de *conhecimento especial* da parte deles, não podiam razoavelmente prever as perdas adicionais que resultaram para a lavanderia do facto de não poder celebrar os contratos vantajosos com o *Ministry of Supply*, para tingir certos tecidos.

O caso foi por isso entregue a um árbitro (*Official Referee*), para decidir que perdas podiam razoavelmente ser consideradas normais nas circunstâncias⁽⁷⁵⁾.

11. *Análise do 2.º ramo da regra de Hadley v. Baxendale*

Esta regra refere-se ao *damage* que se pode razoavelmente presumir ter estado na contemplação de ambas as partes, ao tempo da celebração do contrato, como resultado provável do seu não cumprimento.

A sua aplicação, como referem ANSON e GUEST, depende do conhecimento tido pela parte autora da inexecução, ao tempo da celebração do contrato, de *circunstâncias especiais*, fora do «*ordinary course of things*», de um tipo tal que o incumprimento nesse caso causará prejuízos maiores do que em circunstâncias usuais.

Este 2.º ramo é bem ilustrado pelo caso *Simpson v. London and N. W. Railway Company* (1876)⁽⁷⁶⁾.

O industrial Simpson costumava mandar amostras dos seus produtos para exposição em feiras agrícolas. Depois de ter exposto numa exposição em Bedford, confiou algumas das suas amostras a um agente dos caminhos de ferro para que transportasse até ao terreno de uma feira em Newcastle. Na nota de despacho escreveu: «tem de estar em Newcastle segunda-feira sem falta».

(75) Sobre estes casos ver ainda o que escrevem Anson e Guest, *ob. cit.*, pp. 513 a 515, Cheschire e Fifoot, *ob. cit.*, pp. 516 a 520, Padfield, *ob. cit.*, pp. 180 a 182, Dr. Cortes Rosa, *estudo cit.*, pp. 352 a 354.

(76) Veja-se G. H. Teitel, *The Law of Contract*, 2.ª ed., 1966, 662, sobre este caso e o caso semelhante de *Horpe v. Midland Railway* (1873) — a companhia de caminho de ferro foi absolvida do pedido de indemnização formulado pelo proprietário de um carregamento de sapatos que celebrara um contrato de transporte com obrigação de entrega dos sapatos em Londres num certo dia mas em que a entrega foi feita com um dia de atraso, perdendo a oportunidade o proprietário de realizar vendas a um preço excepcionalmente alto.

Por culpa da companhia, as amostras chegaram atrasadas à feira. O autor pediu uma indemnização pela perda de lucros nos negócios que teria celebrado na exposição. O tribunal concedeu-lhe direito a indemnização, pois que o agente da companhia tinha conhecimento das circunstâncias especiais e por isso devia prever as perdas resultantes de um atraso no transporte.

«Afirma-se geralmente que o mero conhecimento (*bare knowledge*) das circunstâncias especiais que envolvem o contrato chega para tornar o autor da inexecução responsável. Mas há alguma *authority* para a opinião de que deveria, além disso, quer de forma expressa ou implícita, o autor de inexecução ter estipulado que assumiria a responsabilidade pela *exceptional loss*. Nesta opinião, a mera comunicação a uma parte da existência de *special circumstances* não basta: deve haver qualquer coisa que indique que o contrato foi feito *on the terms* de que o réu era responsável por essa perda»⁽⁷⁷⁾.

Contra esta opinião, insurgem-se ANSON e GUEST. Dizem eles que não deve duvidar-se de que baste uma alusão casual, pois que as circunstâncias especiais devem ser reveladas de tal modo que se torne uma *fair inference of fact* terem ambas as partes previsto (*contemplated*) a perda excepcional como um resultado provável do incumprimento. Segundo esta autorizada opinião seria dispensável um *special term* no contrato.

Para se subsumir um caso no 2.º ramo da regra de *Hadley v. Baxendale* deve haver «*the reasonable probability of a foreseeable loss on a given state of knowledge*». (78).

12. *O quantum dos damages (medida dos prejuízos reparáveis)*

Depois de ter examinado a regra de *Hadley v. Baxendale* tão minuciosamente quanto nos foi possível, verificamos que

(77) Anson - Guest, *ob. cit.*, p. 517.

(78) Cheschire e Fifoot, *ob. cit.*, p. 523.

a teoria da *remoteness of damage* se refere ao problema da delimitação dos prejuízos indemnizáveis resultantes do *breach of contract*. Ocorrida uma inexecução contratual, esta pode funcionar como *conditio* ou causa *sine qua non* de prejuízos. Porém, não são indemnizáveis todos os prejuízos que, aplicada a teoria da equivalência das condições, resultam de certo *breach*, objecto de uma obrigação de indenizar. Só alguns de todos os *damages* resultantes duma inexecução são indemnizáveis: precisamente os que são previsíveis nos termos dos dois ramos da regra referida. Os danos demasiadamente remotos não são da responsabilidade do autor do *breach* ⁽⁷⁹⁾.

Outra questão é a de saber como deve ser indemnizada a parte inocente, que *quantum* irá receber do autor do *breach*, pelos prejuízos juridicamente imputados ao próprio *breach*, nos termos da regra de *Hadley v. Baxendale*.

Já atrás referimos que a concessão de *damages* por inexecução contratual visa colocar a parte ofendida na situação em que estaria se tivesse sido cumprido o contrato. Parece assim aflorar uma ideia de diferença, que justifica também a disposição contida no artigo 566.º do Código Civil Português.

É opinião unânime no direito inglês que os *damages* por inexecução contratual têm um fim meramente reparatório ou compensatório e, em caso algum, um fim punitivo que vise, como diz SALMOND, castigar alguém pelo mal causado. A medida dos *damages* não é, por isso, afectada pelo motivo ou modo da inexecução. Como foi recentemente afirmado no caso *Rookes v. Barnard* (1964), não há lugar na *law of contract* para *vindictive or exemplary damages* ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. Dr. Cortes Rosa, *estudo cit.*, p. 340, Treitel, *ob. cit.*, pp. 658 e ss.

⁽⁸⁰⁾ Para o direito português, cfr. Prof. Pessoa Jorge, *Ensaio, cit.*, pp. 47 a 52. Distingue este autor a mera responsabilidade civil (obrigacional ou extra-obrigacional) da responsabilidade civil conexas com a criminal. Quanto à primeira espécie, escreve este autor: «tratando-se de *responsabilidade meramente civil*, parece que, à face da nossa lei, a função primária é reparadora». (*Ob. cit.*, p. 52).

Além disso, com exceção do caso muito particular da quebra de promessa de casamento, a ofensa aos sentimentos da parte inocente (*distress, disappointment of mind*), os danos morais não podem ser levados em conta para fixação de *damages*: no caso *Addis v. Gramophone Co. Ltd.* (1909), em que um empregado em Calcutá da firma ré foi despedido de forma extremamente grosseira e humilhante, o tribunal inglês reafirmou o princípio de que o autor, apesar de ilicitamente despedido, só podia receber *damages* pelos salários não pagos durante os seis meses após a comunicação do despedimento (*notice of dismissal*) que deveria ter sido feita nos termos de contrato e não qualquer quantia pelos *injured feelings* ou pelos prejuízos derivados do efeito do despedimento sobre as possibilidades de emprego futuro na mesma cidade

Admite-se em todo o caso a responsabilidade de *damages* por *substantial inconvenience* ou incómodo causado pelo *breach* ⁽⁸¹⁾. No caso *Hobbs v. London and S. W. Railway Co.* (1875), o autor, mulher e filhos embarcaram no comboio da meia-noite que ia de Wimbledon para Hampton Court, local onde esses passageiros viviam. O comboio levou-os para Esher, onde se deteve, não prosseguindo viagem. O autor e família tiveram de se deslocar várias milhas a pé até casa, numa noite de chuva. Veio a receber oito libras pela *inconvenience* causada pelo *breach* do contrato de transporte, tendo em atenção o incómodo sofrido de andarem a pé debaixo de chuva. Em contrapartida, não foi compensado quanto às despesas da chamada do médico para tratar da mulher do autor, que se constipou em virtude da caminhada — no parecer do tribunal, tais prejuízos pareciam ser uma consequência *too remote do breach* da empresa ferroviária, sendo assim denegados os «gastos extraordinários».

Segue-se da natureza compensatória dos *damages* que a parte ofendida só tem direito a uma quantia que o indemnizará

(81) Veja-se sobre este ponto o que escreve Treitel, *ob. cit.*, pp. 668 a 672.

pela perda que realmente sofreu. Nos casos em que se não verificarem quaisquer prejuízos resultantes do breach, o ofendido só terá direito a *nominal damages* (⁶²).

(⁶²) Cumpriria estudar com certo desenvolvimento as classificações de *damages* feitas pela doutrina inglesa, matéria que é em parte comum à da *tortious liability*. Na impossibilidade de o fazer limitamo-nos a referir algumas das principais:

Costumam-se contrapor *real damages* a *nominal damages*: aqueles são os prejuízos sofridos realmente pela parte ofendida. Abrangem não só aquilo que chamamos *danos emergentes* mas também os *lucros cessantes* (v. caso à frente referido de *Cullinane v. British Rema Manufacturing*). *Nominal damages* são aqueles que são concedidos pelo tribunal, todas as vezes que ocorreu um *technical breach*, apesar de o queixoso não ter sofrido qualquer dano. Trata-se da atribuição de uma quantia simbólica, hoje em regra de duas libras. A concessão de *nominal damages* tem importantes consequências em matéria de custas processuais («são um simples cabide onde se penduram as custas», diz uma decisão de 1846).

Fala-se de *contemptuous damages* «nos casos em que o tribunal exprime o seu desprezo pelo facto de o autor litigar, concedendo-lhe uma quantia em dinheiro mínima, por exemplo um *penny*. A atribuição desta quantia ridícula significa que o autor venceu de um ponto de vista técnico, mas que a acção nunca devia ser intentada». É, pois, um modo *sui generis* de combate à chicana processual, que se não confunde com a multa ou indemnização por litigância de má-fé, prevista no artigo 456.º do nosso Código de Processo Civil... Tal atribuição, segundo Halsbury, era em geral da iniciativa de um *jury*.

A distinção principal parece ser entre *general* e *special damages* que envolve grandes diferenças de prova e respectivo ónus, além de outras consequências processuais. A *pecuniary compensation* é um *general damage*, o *quantum* é discricionariamente fixado pelo juiz. São *special damages* os que não surgem naturalmente, mas têm de ser alegados e provados pela parte que quiser obter a compensação: a perda de salários, a indemnização pelas despesas médicas, o aluguer de automóvel, etc., podem ser pedidos sob este nome, parecendo incluir-se nele vários casos daquilo a que, entre nós, o Prof. Gomes da Silva chama *gastos extraordinários* (Cfr. *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, p. 117).

Fala-se ainda em *liquidated* e *unliquidated damages*, mas a classificação não levanta especiais dificuldades. Na *law of torts* o *general remedy* é uma *action for unliquidated damages*. Cfr. Winfield, *ob. cit.*, pp. 8-9.

Sobre as categorias de *prospective damages* (danos futuros) e *vindictive damages* cfr. Padfield, *ob. cit.*, p. 183, *Jenks' English civil law*, I, p. 100 e *Mayne's Treatise on damages*, pp. 35, 39 a 41.

Em matéria contratual fala-se igualmente de *reliance damages* (expressão originária do direito americano) para designar os prejuízos que o lesado sofreu por ter confiado no compromisso da parte que violou o contrato, onde se incluem as despesas realizadas ou o dinheiro pago pelo lesado ou ainda a chamada *consequential loss*. A par dos *reliance damages*, a doutrina fala hoje de uma outra grande categoria de prejuízos reparáveis em matéria de violação contratual, os *expectation damages* ou *lucros cessantes*. Cfr. P. S. Atiyah, *ob. cit.*, 269 e ss.

No caso de incumprimento de uma *promise* de entrega de dinheiro, são reembolsáveis como únicos *damages* a quantia em si e o juro se o houver (§ 251.º de *Jenks' English civil law*).

Além disso, nenhum ofendido pode receber duas vezes em virtude de um mesmo *breach*.

No caso de um ofendido se queixar da violação de uma garantia (*warranty*) a respeito da qualidade ou modo de prestação de mercadorias que lhe foram vendidas, não pode receber simultaneamente compensação pela perda total do capital (valor dos bens) e também do total do lucro (quando admissível) que teria sido feito pelo uso desses bens pois tal lhe permitiria receber duas vezes o seu prejuízo. É a doutrina que se extrai dum curioso caso julgado em 1954 (*Cullinane v. British «Rema» Manufacturing Co. Ltd.*): *C* comprou aos réus uma fábrica de pulverização de barro, tendo os vendedores garantido que a fábrica pulverizaria barro à média de 6 toneladas por dia. A garantia dada não se verificou e o autor pediu como prejuízos pelo *breach of warranty*: 1.º — a diferença entre o preço da compra da fábrica e do seu valor residual; 2.º — a sua perda de lucros desde a data de instalação até à data do julgamento da acção (cerca de três anos).

A *Court of Appeal* entendeu que as pretensões não podiam ser cumuladas, mas apenas alternativamente deduzidas, pois de outro modo o autor receberia duas vezes pelo mesmo *breach*, apesar de o prejuízo ser substancialmente um só⁽⁸³⁾.

(83) Não resistimos à tentação de transcrever a demonstração de Lord Evershed, *Master of the Rolls*, usando a «simples analogia agrícola da vaca»:

«Se, por exemplo, *A* vende a *B* uma vitela por £100 e lhe garante que durante as próximas cinco lactações produzirá leite à razão de 4 galões por dia, mas se descobre que a produção do animal não é de 4 galões por dia, mas só de 1 galão por dia, e se uma vaca produtora de 1 galão por dia não vale £100 mas £10, então o comprador pode escolher um de dois caminhos. Podia exigir o reembolso da diferença entre as £100 que tinha pago por uma vitela dando 4 galões por dia e £10, valor verdadeiro de uma vitela que desse 1 galão por dia e receberia a diferença de £90. Isto pô-lo-ia na posição em que estaria se tivesse comprado e tencionasse comprar a vaca que de facto lhe venderam. Alternativamente, podia dizer, fíco com esta vaca e intento uma acção pela perda que sofri porque a

13. *Princípio da minimização dos prejuízos (mitigation of damages)*

«A parte de um contrato deve usar de todos os meios razoáveis para mitigar a perda resultante de um *breach* cometido pela outra parte. Se não tiver cuidado em fazê-lo, não pode recuperar qualquer parte dos *damages* que teria evitado se tivesse usado de tais meios» (§ 260.º do Digesto de Jenks).

Falam os autores ingleses de um princípio de que o ofendido não deve sentar-se sem nada fazer, depois da violação do contrato: se alguém é despedido de um emprego sem motivo, deve imediatamente procurar nova colocação e não aguardar de braços cruzados o que a sorte lhe reserva ⁽⁸⁴⁾.

Como ensina ANSON, é uma questão de facto em cada caso, saber se o ofendido agiu como um homem razoável devia ter agido, não se sendo obrigado a arriscar a própria reputação comercial ou envolver-se em um complexo litígio a fim de mitigar os prejuízos sofridos ⁽⁸⁵⁾.

sua produção não corresponde à que me garantiram. Não consigo obter 4 galões mas apenas 1 por dia e por isso, eu estou a perder aquilo que obteria nas vendas (menos as despesas necessárias) de, aproximadamente, mais 1000 galões por ano!... Seria impossível recuperar, no caso hipotético, quer as £ 90(sendo a perda de capital na vaca) e a quantia total da perda devida à diminuição do leite» (transcrito em Anson-Guest *ob. cit.*, pp. 520-1). Nota-se aqui a diferença entre dano emergente e lucro cessante, comum na doutrina continental.

Este passo que é citado com reverência pela doutrina inglesa ilustra bem o *estilo* de um direito casuísta, que recorda ainda a época em que os juízes exerciam o magistério através da fundamentação das suas sentenças. De um ponto de vista histórico, vejam-se os exemplos de *dicta* com interesse doutrinário, remontando ao Séc. XIV, em Alan Harding, *A social history of English law*, 1966, pp. 133 a 137.

⁽⁸⁴⁾ Ilustra este princípio o caso *Brace v. Calder* (1895):

B celebrou um contrato de emprego com uma *partnership* por 2 anos. 6 meses mais tarde morreram dois sócios, ficando apenas dois: ocorrendo assim uma alteração de *partnership*, este facto operava *ipso iure* (*by operation of law*) a rescisão de contratos de trabalho com os empregados. Os restantes sócios ofereceram a B reemprego nos termos anteriores, mas este declinou a oferta e intentou uma acção por *wrongful dismissal*. Foi decidido que, embora o despedimento fosse irregular (*technical breach*), B só tinha direito a *nominal damages*, porque uma oferta de readmissão devia ser aceite. (Cfr. Treitel, *ob. cit.*, p. 673, n. (60)).

⁽⁸⁵⁾ *Ob. cit.*, p. 523.

14. *Fixação das damages pelas partes*

Segundo ANSON e GUEST, «as partes de um contrato fixam com certa frequência os prejuízos em que avaliam a violação do contrato por um ou ambos. Ao fazer isto, contudo, não excluem a regra de que os *damages for breach* devem compensar o ofendido pela sua perda real (*actual loss*), e é uma questão de interpretação adequada (*proper construction*) do contrato decidir se uma quantia fixada deste modo, qualquer que seja a maneira por que as partes a descreveram, é uma *penalty*, caso em que não pode ser concedida ou antes uma genuína tentativa de liquidação, isto é, de redução a quantia certa dos *damages* futuros de total incerto, caso em que será atribuível tal quantia».

Com efeito, a *Equity* no direito inglês não permite a estipulação de cláusulas penais, diferentemente do que sucede na maioria dos direitos continentais ⁽⁸⁶⁾. As expressões verbais usadas pelas partes não serão decisivas, pois que a *Equity* «*looks to the intent rather than to the form*». Critério decisivo é o de saber se a quantia fixada o foi ou não *in terrorem*. Se foi, será considerada uma *penalty* e não será coercivamente cobrável (*unenforceable*) e os *damages* serão calculados pelo modo atrás descrito.

Assim, no caso *Cellulose Acetate Silk Co Ltd. v. Widner Foundry Ltd.* (1925), a Câmara dos Lordes entendeu que se estava perante uma limitação convencional de responsabilidade e não uma penalidade, relativamente a uma cláusula contratual que previa que as partes se comprometiam a pagar «*by way of penalty*» a quantia de £ 20 por semana, em relação a cada semana que ultrapassasse o prazo de 18 semanas em que a entrega da mercadoria devia ser feita. No caso concreto, o

(86) Cfr. arts. 810.º a 812.º do Código Civil Português, onde, em todo o caso, se admite a redução equitativa da pena convencional pelo tribunal.

prejuízo resultante do incumprimento era de £ 5850, ao passo que o montante da pretensa *penalty* atingia apenas £ 600. A Câmara dos Lordes entendeu que a quantia não era nesse contrato uma penalidade e que a parte inocente só tinha direito a £ 600, quantia por que tinham limitado convencionalmente os prejuízos derivados de inexecução.

Os índices da distinção entre *penalty* e liquidação convencional dos *damages* contêm-se no *speech* de Lord DUNEDIN que, no caso *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v. New Garage and Motor Co Ltd.* (1915), resumiu a orientação tradicional do direito na matéria:

a) «será considerada penalidade se a quantia estipulada for exorbitante ou desrazoável (*unconscionable*) em comparação com o mais elevado prejuízo que poderia verosimilmente ter-se provado resultar da violação»;

b) «entender-se-á que se trata de uma penalidade se a violação consiste só no não pagamento de uma quantia em dinheiro, e a quantia estipulada é uma quantia maior do que aquela que devia ter sido paga»;

c) «Há uma presunção (mais não mais) de que se trata de uma penalidade quando uma única quantia total (*lump sum*) é pagável a título de compensação na ocorrência de um ou mais ou a totalidade de diferentes eventos, alguns dos quais podem dar origem a danos sérios e outros a prejuízos insignificantes»;

d) «Não é obstáculo a que a quantia estipulada seja uma pré-avaliação de prejuízos verdadeira, o facto de as consequências da violação serem tais que tornam uma pré-avaliação rigorosa quase impossível». ⁽⁸⁷⁾

⁽⁸⁷⁾ Neste caso tendo a *New Garage* celebrado um contrato com a *Dunlop* comprometendo-se a não vender os produtos desta abaixo do preço fixado pela empresa produtora, fixou-se o dever de pagar £ 5 como *liquidated damages* por cada inexecução. Tendo a ré vendido um pneu por preço inferior, a autora exigiu a quantia convencionada, que o tribunal entendeu não ser uma *penalty*. Diferente é, porém, a solução no curioso caso *Kemble v. Farren* (1829).

15. *Juros sobre os damages*

Para terminar a descrição dos aspectos gerais da responsabilidade contratual no direito inglês resta dizer que, segundo o *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act* de 1934, o tribunal pode, se o entender, conceder juros do total ou de parte da dívida ou dos *damages* fixados, a uma taxa fixada por arbítrio judicial, para o período que decorre entre a data do facto que deu origem à *cause of action* e a data do julgamento. Não são, porém, admitidos juros de juros. ⁽⁸⁸⁾

Além disso, podem ser devidos juros nas seguintes circunstâncias :

- a) Quando as partes o convencionarem no contrato ;
- b) Quando há um *implied agreement*, por exemplo, decorrente do *course of dealing* entre as partes ou de um uso comercial ;
- c) Quanto a letras ou livranças já vencidas (*overdue*).

(*Continua*)

⁽⁸⁸⁾ Cfr. o art. 806.º, 1 do Código Civil Português, de teor algo diferente. Ver também o n.º 2 da mesma disposição. Ver ainda arts. 559.º e 560.º do mesmo diploma.