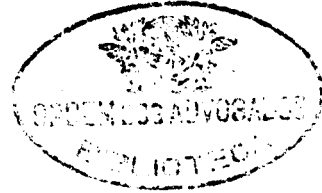


3568



ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE
CONTRATUAL EM DIREITO COMPARADO
INGLÊS E PORTUGUÊS (*)

SECÇÃO III

A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL NO DIREITO PORTUGUÊS

16. *Carácter esquemático do tratamento do problema no direito português*

CONSTANTINESCO, na obra que citámos várias vezes, nota que «quando se empreende um estudo de direito estrangeiro com o fim de comparação com o seu próprio direito, pode-se renunciar sem inconveniente à exposição do problema respectivo no seu próprio direito», por se partir do princípio que a regulamentação nacional é conhecida do investigador e dos outros juristas seus compatriotas. Seguindo-se esta orientação, «é apenas na parte comparativa do trabalho que se farão as referências e as alusões, necessárias à comparação, ao seu próprio direito». ⁽⁶⁹⁾

Apesar de entendermos ser válida tal orientação, supomos ser em todo caso vantajoso esquematizar aqui alguns dos princípios fundamentais que presidem à regulamentação da responsabilidade contratual no direito português. Tal esquema, que pres-

(*) *Continuação do número anterior (conclusão).*

(69) *Inexécution et faute .. pp. 15-16.*

supõe um conhecimento mais pormenorizado do direito português, terá pelo menos a virtude de nos obrigar a tentar apreender as grandes linhas de uma regulamentação ainda recente no nosso direito. À frente, na secção IV, ao seleccionarmos alguns aspectos para comparação, poderemos fazer uma referência mais pormenorizada às soluções do direito português.

17. *Sede legal da regulamentação da responsabilidade contratual no direito português*

Ao contrário do direito inglês em que a *law of contract* regula apenas a responsabilidade proveniente da inexecução contratual (*breach of contract*), tendo regulamentações bem diversas a *tortious liability* e as responsabilidades por *breach of trust* ⁽⁹⁰⁾ ou derivadas de incumprimento de obrigação quase — contratual ⁽⁹¹⁾, o direito português conhece uma dualidade de doutrinas de responsabilidade no Direito das Obrigações, a obrigacional (onde se inclui a contratual) e a delitual, que, no entanto, parecem ter grandes afinidades, apesar de diferenças de pormenor, havendo autores, como o Prof. PESSOA JORGE, que não hesitam em traçar uma teoria geral dos pressupostos da responsabilidade civil, onde incluem quer a responsabilidade obrigacional, quer a extra-obrigacional ou delitual ⁽⁹²⁾. Aqui, porém,

⁽⁹⁰⁾ Sobre o *breach of trust*, cfr. *Salmond on Torts*, p. 14, onde se vê que razões históricas e as particularidades da *equitable jurisdiction* impedem a qualificação desta inexecução particular como *tort* ou *breach of contract*. V. também Hanbury, *Modern equity*, 6.ª ed., 1952, pp. 330 ss.

⁽⁹¹⁾ Sobre a figura do *quasi-contract* no direito inglês, cfr. Winfield, *The law of quasi contracts*, 1952, pp. 2 ss. e Anson-Guest, *ob. cit.*, pp. 589 ss.

⁽⁹²⁾ Cfr. *Ensaio*, pp. 37 ss, *maxime*, p. 41. Chamamos a atenção para a importante razão, afinal invocada por este autor: «acresce, finalmente, que a obrigação de indemnizar tem hoje regulamentação própria, comum às suas diversas fontes, não se estabelecendo nela qualquer distinção entre a violação de uma obrigação e a violação de outro dever (arts. 562 e segs. do Cód. Civil)» (p. 41).

Há, no entanto, diferenças de regime entre ambos os tipos de responsabilidade: presunção de culpa na responsabilidade obrigacional (art. 799.º), mas a diferença esbate-se por vezes (arts. 491.º, 492.º-1, 493.º CC); regime de solidariedade na responsabilidade delitual (art. 497.º); além de outras diferenças de carácter processual e de especialidade de normas de conflitos (arts. 41.º, 42.º e 45.º do Código Civil).

vai só ocupar-nos a responsabilidade obrigacional, e mesmo assim, restrita à responsabilidade que surge pela inexecução ou execução defeituosa de obrigações provenientes de um contrato. A sede legal das disposições que regulamentam esta responsabilidade encontra-se nos arts. 790.º e seguintes do Código Civil, subordinados à epígrafe «não cumprimento».

Acolhida a divisão romano-germânica do direito civil, juntando-se ao livro da parte geral, um livro dedicado a cada um dos grandes sub-ramos, é no livro II, dedicado ao Direito das Obrigações, na regulamentação da figura da obrigação em geral (Tit. I) que nos surge a matéria do incumprimento ou inexecução das obrigações (secção II do capítulo VII que versa o cumprimento e o não-cumprimento das obrigações). Esta secção está sistematizada pela seguinte forma:

Subsecção I — Impossibilidade do cumprimento e mora não imputáveis ao devedor (arts. 790.º a 797.º);

Subsecção II — Falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor (arts. 798.º a 812.º) (88)

Subsecção III — Mora do credor (arts. 813.º a 816.º)

No estudo dos princípios gerais da responsabilidade contratual (ou obrigacional, como parece mais correcto dizer, face à nossa lei), teremos ainda de recorrer por vezes a princípios da responsabilidade delitual, a qual está regulada na lei civil, «de acordo com a orientação tradicional» (PESSOA JORGE), a propósito das *fontes das obrigações* (arts.º 483.º e ss.). Nos artigos 562.º a 572.º encontramos regulada a obrigação de indemnização, integrada no capítulo dedicado às *modalidades de obrigação*. Eis, em resumo, a sede legal de matéria de responsabilidade civil (obrigacional e extra-obrigacional) no nosso Código Civil. Parece também dever chamar-se a atenção para a pro-

(88) É nos artigos 798.º a 812.º do Código Civil que iremos encontrar tratada fundamentalmente a responsabilidade contratual, responsabilidade por não cumprimento ou inexecução imputável ao devedor: estas disposições devem ser conjugadas com os arts. 562.º a 572.º (obrigação de indemnização).

funda influência da doutrina alemã e, indirectamente do Código Civil alemão (*B.G.B.*), na elaboração, em especial a cargo do Prof. VAZ SERRA, da nova lei civil nesta matéria. ⁽⁸⁴⁾

18. *O incumprimento das obrigações, ponto de partida do regime da responsabilidade contratual*

Noção central da responsabilidade obrigacional ou contratual, embora a transcenda, é a de incumprimento ou inexecução: «o não-cumprimento é, neste sentido, a situação objectiva de não-realização da prestação debitória, independentemente da causa de onde ela procede» ⁽⁸⁵⁾. À noção lata de incumprimento, preferem certos autores a noção de inexecução, que ocorre, nas palavras do Prof. PESSOA JORGE, «quando, chegado o vencimento, o devedor não realiza a prestação ou realiza-a mal». ⁽⁸⁶⁾

A) Quanto à *causa* do incumprimento ou inexecução, tomadas as expressões em sentido lato e praticamente como sinónimas (tal nos parece ser a orientação da doutrina civilista nacional), tem de distinguir-se desde logo:

- a) não cumprimento inimputável ao devedor — quer seja imputável ao credor, a terceiros ou a circunstância fortuita ou de força maior (inclusive, à própria lei);
- b) não cumprimento ou inexecução imputável ao devedor: — «mas cabe insistir em que a imputabilidade e a não imputabilidade somente se referem aqui ao *devedor*». (MANUEL DE ANDRADE).

⁽⁸⁴⁾ «No que diz respeito à responsabilidade contratual, procurar-se-ia em vão no BGB o artigo que à imitação do art. 1147.º do Código Civil (francês) estabeleça para o direito alemão o princípio geral da *responsabilidade por inexecução*. Certas aplicações deste princípio como os outros elementos de responsabilidade contratual estão previstos nos vários artigos do BGB, de cuja reunião se extrai o sistema» (Constantinesco, *ob. cit.*, p. 49).

⁽⁸⁵⁾ E, «com maior propriedade», define novamente o Prof. A. Varela o *não cumprimento*: «a não realização da prestação debitória, sem que entretanto se tenha verificado qualquer das causas extintivas típicas da obrigação» (*Das Obrigações em Geral*, 2.ª ed., 1974, II, p. 60).

⁽⁸⁶⁾ *Ensaio cit.*, p. 19.

Como ensina o Prof. ANTUNES VARELA, a questão de saber se a falta de cumprimento é imputável ao devedor ou não «reveste uma importância capital para a definição do seu regime. A própria sistematização do Código sobre a matéria reflecte o interesse deste factor, enquanto se agrupam na 1.ª subsecção (do art. 790.º ao art. 797.º) os casos de impossibilidade do cumprimento e mora *não imputáveis* ao devedor, e se reúnem na 2.ª (do art. 798.º ao art. 812.º) as hipóteses de *falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor*»⁽⁸⁷⁾.

Deve ainda chamar-se a atenção para que da sistematização do nosso Código resulta que a matéria de *responsabilidade contractual* (ou, mais latamente, de responsabilidade obrigacional), isto é, daquele tipo de responsabilidade civil que é caracterizado *pela situação em que se encontra alguém que é obrigado a indemnizar o lesado dos prejuízos que lhe causou, provir da prática de um acto ilícito*⁽⁸⁸⁾, a *inexecução de obrigação ex contractu*, vem regulada fundamentalmente na subsecção II, epigrafada «falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor» (arts. 798.º a 812.º).

Destes artigos, se conclui que a regra geral no nosso direito é a de o devedor que não executa a sua obrigação, sendo-lhe a inexecução imputável, ser responsável pelos danos causados ao credor, desde que tenha agido, não só *ilícita*, mas também *culposamente*⁽⁸⁹⁾. Eis-nos, pois, num sistema de responsabilidade

⁽⁸⁷⁾ Prof. Antunes Varela, *ob. cit.* II, pp 60-61.

⁽⁸⁸⁾ Aproveitámos a noção sucinta de responsabilidade do Prof. Pessoa Jorge, *Ensaio*, p. 36.

⁽⁸⁹⁾ Prof. A. Varela, *ob. cit.*, II, pp 90 ss. Para o Prof. Pessoa Jorge a noção de *ilicitude* (subjectiva) liga-se à de violação de um dever jurídico, analisando-se em omissão do comportamento devido e culpabilidade.

Daí que a noção de acto ilícito, na noção de responsabilidade civil que utilizámos no texto, e que provém da obra do Prof. Pessoa Jorge, equivalha à noção de «acto ilícito e culposo», de que falam os Profs. Manuel de Andrade, Antunes Varela e Pereira Coelho.

Supomos que a análise do professor de Lisboa, influenciada pela técnica penalista de análise do facto criminoso (cfr. as notas ⁽⁴⁰⁾, ⁽⁴¹⁾ e pp. 65 ss do *Ensaio*), oferece apreciáveis vantagens do ponto de vista dogmático. Simplesmente, numa exposição do direito português, nas suas linhas gerais, para efeitos de comparação, não achamos que interesse optar por uma única terminologia e uma única sistematização. Daí que recorramos igualmente a ambos os conceitos de ilícito, na interpretação dos arts. 798.º e ss. do Código Civil.

(contratual) subjectiva (algo de diverso do objectivismo inglês) que exige que a inexecução, pressuposto da obrigação de indemnizar, seja imputável a facto do devedor e imputável precisamente a título de culpa (*nexo de imputação*, para usarmos a terminologia do Prof. MANUEL DE ANDRADE):

«O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação, torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor». (art. 798.º do Código Civil).

B) Quanto ao *efeito* podemos distinguir fundamentalmente:

- a) a falta de cumprimento (inexecução definitiva);
- b) a mora (ou inexecução temporária);
- c) o cumprimento defeituoso.

Agora a perspectiva é, não já a *causa* do incumprimento, mas o *efeito* do *inadimplemento*; o *estado de facto* ou *situação* em que a inexecução se traduz:

- a) *a falta de cumprimento ou inexecução definitiva*: «há casos em que a prestação, não tendo sido efectuada, já não é realizável, porque se tornou *impossível* ou porque, sendo materialmente possível, *perdeu o seu interesse para o credor*»⁽¹⁰⁰⁾.

Englobam-se aqui quer a *impossibilitas* romana ou *Unmöglichkeit* da BGB (cfr. §§ 275 e 280), quer ainda a perda de interesse do credor na prestação, cujo regime deve ser equiparado ao da falta de cumprimento definitiva (cfr. § 286, 2.ª alínea da BGB e arts. 793.º-2 e 808.º-2, do Código Civil, a *contrario*).

«Se a coisa certa e determinada que o devedor está obrigado a entregar perece, a inexecução é por natureza definitiva; mas pode suceder que a prestação continue a ser em si mesma possível e, no entanto, tenha de considerar-se definitiva a inexecução por o credor haver perdido o interesse que nela tinha. A satis-

(100) Prof. A. Varela, *ob. cit.*, II, p. 61.

fação do interesse do credor, como fim da obrigação, surge também aqui arvorada em critério decisivo como resulta claramente dos arts. 792.º-2. e 808.º-1 do Código Civil» ⁽¹⁰¹⁾.

- b) *a mora, retardamento ou dilatação da prestação*: — é um simples atraso ou retardamento no cumprimento da prestação, a qual é ainda susceptível de ser prestada com interesse para o credor. Pode, pois, dizer-se que se trata de um inadimplemento temporário ou de inexecução temporária.

Deve observar-se que esta classificação é interpenetrável com a anterior, sendo muito frequente distinguir a *mora creditoris*, *mora accipiendi* ou mora imputável ao credor e o caso, «de longe mais frequente e importante» da *mora debitoris*, *mora solventis* ou mora imputável ao devedor. É possível ainda falar-se de mora devida a caso fortuito ou de força maior (ou a facto de terceiro), situação para a qual muitos autores reservam a designação de *impossibilidade temporária ou transitória* ⁽¹⁰²⁾.

Repare-se que há obrigações em que a prestação, não sendo executada no prazo ou momento devidos, já não pode ser oferecida pelo devedor. «Nestes casos — chamados de *termo essencial* — o retardamento da prestação importa desde logo a impossibilidade definitiva, a verdadeira e própria inadimplência» ⁽¹⁰³⁾. São os *Fixesgeschäfte* de que fala a doutrina alemã (cfr. a previsão do § 361.º *BGB*, contemplando o direito de resolução, *Rücktritt*, no caso de negócios de termo essencial).

A mora do credor, regulada nos arts. 813.º a 816.º do Cód-

⁽¹⁰¹⁾ Prof. Pessoa Jorge, *Ensaio*, p. 23. O exemplo clássico desta inexecução é o de a modista não entregar o vestido de noiva no dia marcado para o casamento, e em que se realiza de facto a boda.

⁽¹⁰²⁾ «Mas pode acontecer que a circunstância que tenha impedido o cumprimento pontual, e determinado, por conseguinte, o retardamento da prestação, não seja imputável, ao devedor nem atribuível ao credor. De tal situação pode também dizer-se que constitui mora, tomado o termo em sentido largo» (Prof. Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, 3.ª ed. 1966, p. 325).

⁽¹⁰³⁾ Prof. Manuel de Andrade, *ob. cit.*, p. 326.

go Civil, não tem interesse muito especial para o estudo da responsabilidade civil, embora possam surgir a cargo do credor em mora obrigações de indemnização (cfr. art. 816.º do Código Civil). A *mora accipiendi* tem maior importância no que se refere ao risco pelo perecimento da coisa («risco da impossibilidade superveniente da prestação, que resulte de facto não imputável a dolo do devedor», o qual cai sobre o credor em mora, art. 815.º-1) e à exoneração da responsabilidade do devedor, que só responde por dolo (art. 814.º-1 do Código Civil).

A *mora debitoris* é regulamentada no art. 804.º: segundo o n.º 2 deste artigo, «o devedor considera-se em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efectuada no tempo devido». A simples mora constitui, segundo o art. 804.º-1, o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor (situação de responsabilidade civil).

c) *O cumprimento ou execução defeituosos* — trata-se da situação em que o devedor realiza a prestação de modo completo⁽¹⁰⁴⁾ ou até parcial (pode dar-se uma execução parcial e defeituosa), «mas cumpre mal, sem ser nas condições devidas. Assim sucede quando o devedor entrega uma máquina que não funciona bem, ou um animal doente, ou constrói a casa com materiais impróprios ou sem obedecer ao projecto». ⁽¹⁰⁵⁾

Esta figura foi estudada pelos civilistas alemães, que se viram na necessidade de a criar para completar o quadro da lei, herdado do ensino de MOMMSEN sobre a *impossibilitas* romana.

A designação, atribuída a STAUB, de violação contratual positiva (*positive Vertragsverletzung*) ganhou um lugar na dogmática alemã, apesar de sofrer ainda ataques esporádicos de certos autores. No direito alemão, a noção é definida como toda a inexecução ou violação contratual que nem é impossibilidade, nem mora (*Verzug*). Como escrevem dois insuspeitos compara-

(104) O conceito de inexecução é, como nota o Prof. Pessoa Jorge, um conceito relativo, tal como o de cumprimento. É possível traçar várias classificações de inexecução entre si combináveis. Veja-se o *Ensaio* deste autor, pp. 21 ss. (uma delas distingue inexecução em total e parcial).

(105) Prof. Pessoa Jorge, *Ensaio*, pp. 25-26.

tistas alemães, ZWEIGERT e KÖTZ, «representa um defeito de nascença do código civil alemão a infeliz partição de violações contratuais, segundo a qual é de distinguir entre a impossibilidade imputável (*zu vertretende Unmöglichkeit*) objectiva e subjectiva e a mora. É prova flagrante de que esta regulamentação é lacunar o instituto da *positive Forderungsverletzung*, o qual teve de ser aperfeiçoado pela jurisprudência como bacia (*Auffangsbecken*) para apanhar as formas de violação não previstas pela lei»⁽¹⁰⁶⁾.

E o Prof. MANUEL DE ANDRADE, um dos representantes da influência da dogmática germânica entre nós, hesitava em acolher a figura de violação contratual positiva, mostrando que «a mais flagrante das hipóteses encaradas é a da *prestação defeituosa*, um procedimento do qual, sem dúvida, podem resultar danos que não teriam lugar nos casos de omissão ou retardamento da prestação — danos que não correspondem à mera insatisfação do credor no cumprimento pontual»⁽¹⁰⁷⁾.

O nosso Código Civil, neste ponto muito influenciado pela *BGB*, embora mais perfeito do que este por não ter aceite pura e simplesmente a dicotomia impossibilidade — mora, «não cura especialmente dos casos deste tipo, como categoria autónoma, no capítulo do não cumprimento, embora lhe faça alusão expressa no n.º 1 do art. 799.º».⁽¹⁰⁸⁾

Tal como o Código Civil de 1867, mas com menos desculpa, o novo Código Civil não tratou em termos gerais da execução defeituosa, consagrando-lhe algumas disposições pouco satisfatórias a propósito dos contratos de compra e venda (arts. 913.º e seguintes, *maxime* 918.º) e de empreitada (cfr. art. 1221.º C. C.⁽¹⁰⁹⁾).

Um dos mais autorizados comentadores do novo Código Civil, o Prof. ANTUNES VARELA, entende que a execução defeituosa tem de causar danos ao credor, ou desvalorizar a prestação, im-

⁽¹⁰⁶⁾ *Einführung in die Rechtsvergleichung*, II, 1969, p. 216.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ob. cit.*, p. 326.

⁽¹⁰⁸⁾ Prof. Antunes Varela, *ob. cit.*, II, p. 63.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. Prof. Pessoa Jorge, *Ensaio*, pp. 26-27.

pedir ou dificultar o fim a que esta objectivamente se encontrar afectada «estando o credor disposto a usar de outros meios de tutela do seu interesse, que não sejam o da recusa pura e simples da aceitação». Só nestes termos se pode falar de uma violação *sui generis* do dever de prestar que se não reconduza à falta de cumprimento ou impossibilidade definitivas ou à mora, atrás referidas. Segundo o mesmo autor, «a questão de saber se o defeito da prestação prejudica ou não o fim da obrigação tem que ser apreciada e resolvida *objectivamente*, por analogia com o disposto para outras situações da mesma natureza (cfr. arts. 793.º-2, 802.º-2, 808.º-2), mas tendo em linha de conta os termos e as circunstâncias próprias de cada situação concreta: a qualidade inferior de certos géneros alimentícios pode caber na margem de tolerância da prestação em certos fornecimentos, mas constituir um defeito relevante da prestação efectuada a uma casa de saúde ou a um hotel de luxo». ⁽¹¹⁰⁾

19. Breve alusão ao regime da impossibilidade do cumprimento e mora não imputáveis ao devedor

Quando a inexecução *lato sensu* é inimputável (em termos de culpa, veremos em breve) ao devedor ou ao credor (se imputável ao credor é a *mora creditoris*, situação que não contemplaremos aqui), é pertinente perguntar-se que consequências tem o facto em relação ao destino do vínculo creditício, proveniente do contrato celebrado entre credor e devedor.

Vimos atrás que o sistema inglês se inclina tendencialmente para a responsabilização do devedor por todo e qualquer *breach*, não curando de procurar averiguar se o devedor agiu ou não culposamente. Em todo o caso, desde a célebre decisão de *Taylor v. Caldwell* (1863), veio progressivamente este direito a evoluir para um abrandamento do rigor do princípio da responsabili-

⁽¹¹⁰⁾ *Das obrigações em geral*, II, p. 123. Este autor admite a aplicação indirecta à execução defeituosa (consistente numa «violação positiva à *lex contractus* por que ela se regulava») do art. 400.º n.º1 do Código Civil.

dade ilimitada do devedor por todo e qualquer *breach*. Como escreve um comparatista, ao examinar as modernas orientações do direito inglês, a decisão do caso *Taylor v. Caldwell* «estabeleceu as bases de um movimento que, pela técnica da interpretação das cláusulas tácitas, tenderá, por um lado, a precisar e a estender a noção de impossibilidade e, por outro, reconhecer-lhe-á um efeito liberatório. Aparentemente o princípio da responsabilidade absoluta permanece o mesmo. De facto, foi profundamente modificado porque os tribunais reconhecem um efeito liberatório a inexecuções ligadas a várias formas de impossibilidade ou à possibilidade de previsão razoável das partes». ⁽¹¹¹⁾

Ainda que de um ponto de vista negativo em matéria de responsabilidade contratual, interessa ver como reage a lei portuguesa à impossibilidade ou mora inimputáveis aos sujeitos da obrigação.

O princípio geral é de que o devedor não é responsável pelos prejuízos causados ao credor pela inexecução devida a caso fortuito ou força maior: a impossibilidade objectiva superveniente ⁽¹¹²⁾ extingue a obrigação («quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor», art. 790.º-1); «se a impossibilidade for temporária, o devedor não responde pela mora no cumprimento» (art. 792.º-1). ⁽¹¹³⁾

A disposição do art. 790.º-1 corresponde ao art. 705.º do Código Civil de 1867, o qual, em formulação positiva (veja-se o modelo napoleónico deste código, art. 1148.º, atenuado pela redacção do artigo 1147.º do mesmo *Code Civil*), estabelecia os casos de exoneração do devedor da responsabilidade de indemnizar: quando fosse impedido de cumprir por facto do credor, por força maior ou por caso fortuito. ⁽¹¹⁴⁾

⁽¹¹¹⁾ L. J. Constantinesco, *ob. cit.*, pp. 130-131.

⁽¹¹²⁾ O regime da impossibilidade originária está contemplado no art.º 401.º (nulidade do negócio jurídico, fonte da obrigação).

⁽¹¹³⁾ «A impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor» (art. 792.º, 2).

⁽¹¹⁴⁾ Sobre o regime do Código Civil de 1867, veja-se Prof. Galvão Telles, *Manual de Direito das Obrigações*, 2.ª ed., pp. 173 ss.

«O novo Código usa, pelo contrário, uma fórmula de sentido *negativo* (*não ser a causa de impossibilidade da prestação imputável ao devedor*), semelhante à dos Códigos italiano, alemão, suíço e grego». ⁽¹¹⁵⁾ Esta formulação é mais ampla, abrangendo os casos de a própria impossibilidade ser imputável à lei ou a acto da Administração (*le fait du Prince*, considerado como caso de força maior pela maioria dos autores) ou a um terceiro.

Entre os efeitos da impossibilidade ou inexecução definitivas, o mais importante é sem dúvida o da extinção da obrigação (o § 275 BGB considera o devedor *livre* quando se trata de uma *nicht zu vertretende Unmöglichkeit*).

Outros efeitos há, como o do *commodum* de representação (art. 794.º), a questão do risco nos contratos translativos do domínio ou de outros direitos reais (art. 796.º), ou a obrigação de expedição e o momento de transferência do risco (art. 797.º), que pouco interesse têm para o estudo da responsabilidade contratual.

Focaremos apenas dois pontos, regulados pela nossa lei, e que têm certo interesse para a comparação que ensaiamos.

O primeiro é o da impropriamente chamada *condição resolutive tácita* ⁽¹¹⁶⁾: nos termos do art. 795.º-1 do Código Civil «quando no contrato bilateral uma das prestações se torne impossível, fica o credor desobrigado da contraprestação e tem o direito, se já a tiver realizado, de exigir a sua restituição nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa». Parece que neste caso o contrato *caduca*, não havendo apenas um direito de resolução ou rescisão do contrato a favor da parte fiel, como é a regra nos casos de inexecução ilícita (cfr. arts. 432.º a 436.º, 801.º-2 e 802.º, do Código Civil). ⁽¹¹⁷⁾ Apesar de pressupor a caducidade do contrato, efeito *ipso iure*, o Prof. ANTUNES VA-

⁽¹¹⁵⁾ Prof. A. Varela, *ob. cit.*, II, p. 65.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. Profs. Galvão Telles, *ob. cit.*, pp. 243-244. Pessoa Jorge, *Lições de Direito das Obrigações*, I, 1966/1967, pp. 652-653.

⁽¹¹⁷⁾ Prof. Pessoa Jorge, *Lições*, p. 652. Quando a prestação se torne impossível por causa imputável ao credor, em obrigação proveniente de contrato bilateral, veja-se art. 795.º-2 do Código Civil.

RELA admite que o credor nos contratos bilaterais possa preferir o *commodum* de representação, dada a aplicabilidade geral do art. 794.º. ⁽¹¹⁸⁾

O segundo é o da impossibilidade parcial: «se a prestação se tornar parcialmente impossível, o devedor exonera-se mediante a prestação do que for possível, devendo, neste caso, ser proporcionalmente reduzida a contraprestação a que a outra parte estiver vinculada» (art. 793.º-1). ⁽¹¹⁹⁾

20. *Falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor*

Em matéria de inexecução contratual o *id quod plerumque accidit* é tal inexecução ser imputável ao próprio devedor.

Não curando do caso da execução defeituosa, insatisfatoriamente regulado pela nossa lei que esbarrou com a lacuna do *BGB* nesta matéria ⁽¹²⁰⁾, a violação do dever de prestar pode, como vimos atrás, revestir as figuras de inexecução definitiva ou de mora.

a) Tratando-se de *inexecução definitiva*, quer na forma de *impossibilidade* (imputável ao devedor), quer na de falta de cumprimento em sentido estrito, a principal consequência jurídica está prevista no art. 798.º: «o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor».

Surge-nos, portanto, aqui uma típica situação de responsabilidade civil (responsabilidade contratual ou, *rectius*, obrigacional): a cargo do devedor inadimplente, sendo a falta de cumprimento culposa, surge uma obrigação de indemnizar o prejuízo causado ao credor. «Este prejuízo compreende tanto o dano emergente como o lucro cessante (art. 564.º) — todo o interesse con-

⁽¹¹⁸⁾ *Ob. cit.*, II, p. 81.

⁽¹¹⁹⁾ Veja-se também o que estabelece o art. 793.º-2. Sobre este ponto, veja-se A. Varela, *ob. cit.*, II, pp. 77 e ss.

⁽¹²⁰⁾ Não parece partilhar da opinião de que a regulamentação é insatisfatória o Prof. A. Varela. Veja-se *ob. cit.*, II, (argumento sistemático muito discutível). pp. 61 ss. e 119 a 122.

tratual *positivo*, na hipótese de a obrigação provir do contrato — e é determinado em função dos danos *concretamente* sofridos pelo credor». ⁽¹²¹⁾

Além da *obrigação de indemnizar*, que é, tal como no direito inglês, uma *via geral*, com pressupostos comuns quer nos casos de responsabilidade obrigacional, quer nos de responsabilidade extraobrigacional ⁽¹²²⁾, pode surgir a cargo da parte fiel ou inocente o *direito de resolver o contrato* (cumulável com a exigência de indemnização): «tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro» (art. 801.º-2), ⁽¹²³⁾ ⁽¹²⁴⁾.

O art. 803.º estende o regime do art. 794.º sobre *commodum* de representação à impossibilidade imputável ao devedor.

b) A *mora debitoris*: nos termos do n.º 2 do art. 804.º, o devedor é considerado como estando em mora «quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efectuada no tempo devido».

O problema mais complicado na delimitação da mora é o da sua distinção da inexecução definitiva. Com efeito, há certos casos em que a mora se identifica sempre com uma inexecução definitiva (caso dos negócios de termo essencial ou *Fixgeschäfte*), por o credor «em consequência da mora, perder o interesse que

⁽¹²¹⁾ Prof. A. Varela, *ob. cit.*, II, p. 99.

⁽¹²²⁾ V. Prof. Pessoa Jorge, *Ensaio*, pp. 40-42.

⁽¹²³⁾ Sobre a impossibilidade parcial imputável ao devedor, cfr. o regime do art. 802.º (no n.º 1, prevê-se a opção do credor entre resolver o contrato ou exigir a parte que for possível com redução da sua contraprestação, sendo qualquer dos termos da opção cumulável com o direito à indemnização; o n.º 2 deste artigo não dá ao credor o direito de resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância). Deve aproximar-se o n.º 2 do art. 802.º da doutrina inglesa do *breach by frustration*.

⁽¹²⁴⁾ Sobre as várias faculdades que cabem ao credor, sendo a inexecução ilícita, v. Prof. Pessoa Jorge, *Lições*, pp. 647 ss: distingue aí a faculdade de exigir o cumprimento do contrato e indemnização moratória, ou só indemnização compensatória; a faculdade de rescindir ou resolver o contrato (com a limitação do art. 802.º-2) e a faculdade de suspender o cumprimento de obrigação (*excepção de inexecução*).

tinha na prestação» (art. 808.º-1). A nossa lei estabelece hoje que «a perda do interesse na prestação é apreciada objectivamente» (art. 808.º-2).

A doutrina entende que são necessários certos requisitos para que haja *mora debitoris*: além da culpa do devedor (art. 804.º-2), tem a prestação de ser *certa, exigível e líquida*. Não iremos, porém, tratar aqui deste ponto, de importância basilar para o estudo da *acção executiva* (arts. 817.º, 818.º Código Civil, arts. 801.º ss. Código de Processo Civil), nem do momento da constituição da mora que, em regra, só ocorre depois da interpelação do devedor (mas há excepções, v. art. 805.º, n.ºs 1 e 2).

Como principal efeito, deve salientar-se de novo a responsabilidade do devedor em mora, que se torna sujeito de uma obrigação de indemnizar: «a simples mora constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor» (art. 804.º, 1). Tal obrigação de indemnização rege-se pelos arts. 562.º e seguintes do Código Civil; «tratando-se de *obrigação pecuniária*, a lei presume (*iuris et de iure*) que há sempre *danos* causados pela mora e fixa, em princípio, *à forfait*, o montante desses danos» ⁽¹²⁵⁾ — é o que estabelece o art. 806.º do Código Civil.

Um outro efeito típico da *mora debitoris* é o da *perpetuatio obligationis*, regulado no art. 807.º. Consigna-se aí uma regra sobre inversão do risco que pode ter grande interesse na determinação da responsabilidade do devedor em mora. Pelo facto da mora, «o devedor torna-se responsável pelo prejuízo que o credor tiver em consequência da perda ou deterioração daquilo que deveria entregar, mesmo que estes factos lhe não sejam imputáveis». Parece que aqui se liga o prejuízo à mora de forma diversa da doutrina da causalidade adequada, prevista genericamente no art. 563.º, a propósito da obrigação de indemnização ⁽¹²⁶⁾. O devedor tem, em todo o caso, a possibilidade de provar que o credor teria sofrido igualmente os danos se a obrigação tivesse sido cumprida em tempo (art. 807.º-2) —

⁽¹²⁵⁾ Prof. A. Varela, *ob. cit.*, II, p. 116.

⁽¹²⁶⁾ Prof. A. Varela, *ob. cit.*, II, pp. 117 ss.

será, talvez, um caso de relevância negativa da causa virtual, solução que tem já apreciável tradição no direito português. ⁽¹²⁷⁾

Se o devedor em mora não realizar a prestação dentro do prazo fixado razoavelmente pelo credor para tal fim, «considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação» (art. 808.º, 1).

21. *Pressupostos da obrigação de indemnizar na responsabilidade contratual.*

Para terminar este apanhado geral sobre a responsabilidade contratual no direito português, limitamo-nos a considerar esquemáticamente os pressupostos da obrigação de indemnizar, não curando do estudo da outra consequência geral da inexecução que pode ser a resolução ou rescisão do contrato.

Doutrinalmente, hesitam os autores na sistematização a adoptar para tal estudo. Predomina, na doutrina portuguesa, uma indicação quadripartida que distingue facto, nexo de imputação, dano ou prejuízo e nexo de causalidade ⁽¹²⁸⁾. Recentemente, o Prof. PESSOA JORGE vem adoptando no seu ensino uma nova sistematização que, partindo de uma concepção subjectiva de ilicitude, distingue como pressupostos apenas dois: o acto ilícito (omissão culposa do comportamento devido) e os prejuízos reparáveis (onde se incluem não só as diversas espécies de prejuízos, mas o estudo do nexo de causalidade) ⁽¹²⁹⁾. Embora importante, a questão de opção por uma das sistematizações em presença não reveste especial interesse numa descrição esquemática e muito geral desta matéria.

⁽¹²⁷⁾ Sobre este ponto da *perpetuatio obligationis* e da explicação da regra doutrinal hoje legalmente consagrada pelo art. 807.º-2, é necessário ter presente o que escreve, na vigência do Código de 1867, o Prof. Manuel de Andrade, *ob. cit.*, pp. 394 a 398, *maxime*, p. 396, (n.) 1.

⁽¹²⁸⁾ V. Profs. Manuel de Andrade, *ob. cit.*, pp. 338 ss, Galvão Telles, *ob. cit.*, p. 187, Antunes Varela, *ob. cit.*, I, 403 ss. (*aponta* este último cinco termos, por distinguir entre facto voluntário e facto ilícito).

⁽¹²⁹⁾ V. as Lições de 1966/67 e o *Ensaio cit.*, pp. 52 a 57.

Para que surja a obrigação de indemnizar por efeito de violação contratual, têm de se verificar alguns pressupostos que, por uma questão de facilidade, se podem reduzir a dois grandes grupos:

- a) o acto ilícito ou inexecução culposa;
- b) a existência de prejuízos reparáveis causados por tal inexecução culposa. ⁽¹³⁰⁾

a) A inexecução culposa não nos vai merecer desenvolvimento especial, já que o estudo descritivo dos vários tipos de inexecução imputável ou não imputável ao devedor foi feito em momento anterior.

Quer do art. 798.º, quer do art. 804.º-2, se conclui que o devedor que não executa tem de agir com culpa, a qual «é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil» (art. 799.º-2, C.C.). Significa isto que a culpa do devedor na responsabilidade contratual «é apreciada, na falta de outro critério, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso» (art. 487.º-2). Pode, pois, a inexecução ser dolosa ou culposa, tal como na responsabilidade extra-obrigacional. Diferentemente desta (art. 487.º-1), existe uma presunção de culpa do lesante, incumbindo ao devedor, para afastar a presunção, «provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua» (art. 799.º-1, C.C.). A culpa do devedor reporta-se à inexecução, acto lesivo de um direito, não aos prejuízos causados. ⁽¹³¹⁾

A inexecução não será ilícita se se verificar relativamente ao devedor uma causa de justificação. Exige-se, pois, além da possibilidade de ter cumprido, que o devedor não possa invocar uma causa de justificação, para que seja civilmente responsável *ex contractu*. Entre as causas de justificação (por ex. cumprimento de um dever de obediência hierárquica, exercício de um

⁽¹³⁰⁾ Adopta-se no fundo a bipartição do Prof. Pessoa Jorge, que parece a mais cómoda para uma exposição sintética.

⁽¹³¹⁾ V. Prof. Pessoa Jorge, *Ensaio*, pp. 324 a 326.

direito, como o de tutela privada de direitos através das figuras de legítima defesa e estado de necessidade) avulta o exercício da chamada excepção do não cumprimento do contrato (nos contratos bilaterais, v. arts. 428.º a 431.º C.C.) e o direito de retenção, nos termos dos arts. 758.º e 759.º C.C..

b) Além da existência de um acto ilícito (omissão culposa de um comportamento devido) exige-se ainda que haja prejuízos reparáveis, prejuízos delimitados pelo funcionamento de um nexo causal, com certas características.

Antes de mais, tem de haver prejuízos ou danos sofridos pelo credor, provenientes ou causados pelo incumprimento: só prejuízos sofridos por outrem, certos e com um mínimo de gravidade⁽¹³²⁾ podem ser reparados através de uma indemnização. Desde que haja um prejuízo ou dano, conceito que abrange «não só o prejuízo causado como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão» (art. 564.º-1), ou seja, os danos emergentes e lucros cessantes, é o devedor obrigado a «reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação» (art. 562.º C.C.). Apesar do sentido desta disposição ser controvertido, parece que, além de uma referência talvez escusada à teoria da diferença, se consagra aqui o princípio geral da função genérica do dever de indemnizar (Prof. PEREIRA COELHO).

Além da existência de danos, directos ou indirectos, na forma de dano emergente ou de lucro cessante, que sejam reparáveis, introduz-se uma ulterior delimitação através da exigência de que entre o facto e o dano se tenha verificado um nexo causal de certas características, o qual vem hoje regulado genericamente na matéria de obrigação de indemnizar: «a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão» (art. 563.º, do Código Civil).

A teoria da diferença (*measure of damages*) interessa à *fixação da indemnização* «operação logicamente posterior à de-

(132) V. Prof. Pessoa Jorge, *Ensaio*, pp. 387-388.

limitação dos prejuízos reparáveis⁽¹³³⁾ e, portanto, à definição do domínio do nexa da causalidade»⁽¹³⁴⁾. Cumpre ver como é possível delimitarem-nos os prejuízos em face do direito português. «Os trabalhos preparatórios do Código na parte referente a este preceito (art. 563.º), revelam de modo inequívoco que com ele se quis consagrar a teoria da causalidade adequada. Faz-se aí apelo ao *prognóstico objectivo* que, ao tempo da lesão (ou do facto), em face das circunstâncias então reconhecíveis ou conhecidas pelo lesante, seria razoável emitir quanto à verificação do dano. A indemnização só cobrirá aqueles danos cuja verificação era lícito prever, nessa altura, que não ocorressem se não fosse a lesão. Ou, por outras palavras: o autor do facto só será obrigado a reparar aqueles danos que não se teriam verificado sem esse facto e que, *abstraindo deste, seria de prever que se não tivessem produzido*». ⁽¹³⁵⁾

Delimitados de entre todos os prejuízos causados segundo a teoria da equivalência de condições, aqueles que são indemnizáveis pelo devedor, resta saber como se reparam esses prejuízos.

A nossa lei manifesta uma preferência pela reconstituição natural do direito lesado (art. 566.º-1). Sempre que esta não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor, será a indemnização fixada em dinheiro, tendo como medida, nos termos da Teoria da diferença também aceite no direito inglês como vimos, «a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal e a que teria nessa data se não existissem danos» (art. 566.º-2).

Em matéria de responsabilidade contratual, relativamente à fixação dos prejuízos terão muita importância as estipulações de sinal (art. 442.º) ou de cláusula penal (arts. 810.º a 812.º).

⁽¹³³⁾ Recordemos que o direito inglês distingue também nesta ordem lógica entre a *medida dos prejuízos* e *the remoteness of damage*.

⁽¹³⁴⁾ No sentido de que o art. 562.º contempla a teoria da diferença, mas parte da ideia de equivalência de condições, V. Prof. Pessoa Jorge, *Ensaio*, p. 407. Não nos parece correcto tal entendimento.

⁽¹³⁵⁾ Prof. A. Varela, *ob. cit.*, I, 754 e 755. Aí se escreve: «a fórmula adoptada não será, todavia, inteiramente feliz para exprimir o pensamento do legislador».

A definição legal de cláusula penal afasta-se, porém, da noção de *penalty* inglesa: possibilidade de as partes fixarem, por acordo, o montante da indemnização exigível (v. supra, as regras de LORD DUNEDIN).

O princípio geral é, porém, o de que «é nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores⁽¹³⁶⁾ nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n.º 2 do art. 800.º» (art. 809.º do Código Civil).⁽¹³⁷⁾

Afim da doutrina inglesa da *mitigation of damages*, é a ideia que inspira o art. 570.º do Código Civil: aí se manda atender à culpa do próprio lesado (neste caso, o credor) na produção ou no *agravamento* dos danos para a fixação do montante da indemnização ou para a eventual exoneração da responsabilidade do lesante.

Com a consideração breve dos pressupostos da obrigação de indemnizar, especialmente referida à responsabilidade contratual, terminamos esta análise sucinta do direito português, que sempre poderá constituir rápida fase de comparação, quer para efeitos do que se vai escrever na Secção IV, que para outros pontos já aflorados nas secções anteriores.

SECÇÃO IV

SÍNTESE E COMPARAÇÃO DE ALGUMAS SOLUÇÕES DOS DIREITOS INGLÊS E PORTUGUÊS EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

22. *Síntese e comparação de soluções*

Nas duas secções anteriores ocupámo-nos com a análise, ainda que necessariamente superficial, das soluções dos direitos inglês e português em matéria de responsabilidade contratual.

⁽¹³⁶⁾ Referência aos arts. 798.º a 808.º.

⁽¹³⁷⁾ Esta disposição prevê, com limitações, a exclusão convencional de responsabilidade pelos actos dos representantes ou auxiliares do devedor.

Fizemos cada uma das análises de forma totalmente independente, preocupados com uma só ordem jurídica de cada vez, procurando, quanto ao direito inglês, aludir de passagem às particularidades muito acentuadas das suas regras jurídicas, de modo a evitar os obstáculos mais frequentes que se deparam ao jurista continental quando entra em contacto com o mundo da *common law*.

Nesta secção procuraremos fazer uma síntese do que se escreveu atrás quanto a certos problemas básicos da responsabilidade contratual para efeitos de comparação. Utilizando palavras de CONSTANTINESCO, diremos que o estudo analítico destes dois direitos preparou o caminho da síntese, «fazendo sobressair, não somente a estrutura característica dos seus princípios na matéria, mas ainda o seu papel funcional». ⁽¹³⁸⁾

A comparação, porém, terá de ser limitada a um reduzido número de questões. Não só exigências de tempo, mas também certas dificuldades sentidas na comparação de dois direitos pertencentes a famílias muito diversas explicam tal atitude. Antes de mais, o estudo comparativo é, por si, «refractário» (CONSTANTINESCO) a uma análise muito minuciosa e a uma comparação detalhada, as quais têm de ser prudentemente evitadas, sob pena de nos perdermos em pormenores de escasso relevo, renunciando para sempre ao fim em vista, a descoberta do fio condutor da comparação que permita pôr em relevo as semelhanças e as diferenças de soluções observadas. Depois, porque, tanto em relação ao direito inglês como ao direito português, não há grandes garantias de se conseguir expor com nitidez o conjunto das semelhanças e das diferenças de soluções, pois o direito inglês acha-se em evolução muito acentuada que torna previsível uma reforma geral e talvez mesmo, o recurso à codificação de ramos de direito ⁽¹³⁹⁾, ao passo que no direito português encontramos-nos perante um código civil recente que ainda não foi objecto de um trabalho prolongado de reflexão e comentário

⁽¹³⁸⁾ *Ob. cit.*, p. 419.

⁽¹³⁹⁾ Veja-se o que escreveu R. David in «*Les grands systemes*», 3.^a ed., pp. 396 ss.

por parte da doutrina, tornando-se problemático, por vezes, fixar o sentido de certas soluções menos evidentes. Curiosamente, observa-se por vezes que, como escrevem ZWEIGERT e KÖTZ, «as ordens jurídicas examinadas estão de acordo, relativamente a resultados práticos, com mais frequência do que os pontos de partida teóricos o deixariam supor»⁽¹⁴⁰⁾. É o que vamos procurar demonstrar em seguida, na comparação «dogmática»⁽¹⁴¹⁾ que iremos brevemente traçar.

23. *Incumprimento ou inexecução contratual e breach of contract*

Resulta do que escrevemos atrás que no direito inglês o pressuposto essencial da responsabilidade contratual, tomada a expressão em sentido lato e não muito rigoroso, é o *breach of contract*, «a failure, without justification, to perform all or any part of what is promised in a contract» (§ 316 do *Restatement*).

Semelhantemente, no direito português, achamo-nos perante uma noção legal geral correspondente, a de não cumprimento ou falta de cumprimento de obrigação contratual. Apesar de tributário do *BGB* nesta matéria, o legislador português regulamentou unitariamente o não cumprimento das obrigações, onde veio depois a introduzir distinções subsequentes: impossibilidade de cumprimento e mora não imputáveis ao devedor, falta de cumprimento (onde se incluem casos de impossibilidade, mas não só estes) e mora imputáveis ao devedor. Parte assim a nossa lei dos conceitos de *Unmöglichkeit* e *Verzug* (mora), devendo-se à doutrina a construção de um *Oberbegriff* que incluísse a impossibilidade, a mora e as violações contratuais, positivas: a violação ou inexecução contratuais.⁽¹⁴²⁾

⁽¹⁴⁰⁾ *Einführung cit.*, II, p. 214. V. tb. René David, *Les Contrats en Droit Anglais*, L. G. D. J., 1973, pp. 409-10.

⁽¹⁴¹⁾ Referimo-nos à tripartição de Kaden, o qual distingue, como é sabido, entre comparação formal (referente às fontes de direito), dogmática e histórica.

⁽¹⁴²⁾ Sobre o caminho percorrido pela doutrina alemã, consulte-se Constantinesco, *ob. cit.*, pp. 52 a 109, 421 ss.

Apesar da semelhança entre inexecução de obrigação contratual ou não cumprimento e *breach of contract*, há, porém, diferenças entre os dois conceitos. Em princípio, a noção inglesa é omnicompreensiva, não produzindo consequências jurídicas apreciáveis a qualificação do *breach* como *repudiation*, *delay* ou *failure to perform*. Todas as vezes que ocorra um *breach* surge a favor da parte ofendida um direito de acção, uma *action for damages*, isto mesmo que não haja *real loss* ou prejuízo real efectivo (*technical breach* que só dá direito a *nominal damages*, noção sem paralelo no direito português).

Em contrapartida, no direito português, tem importância distinguir entre falta de cumprimento ou inexecução definitivas, *mora debitoris* e cumprimento defeituoso (cfr. arts. 790.º a 793.º, 798.º, 799.º, 801.º, 802.º, 804.º, 808.º do Código Civil), variando completamente o respectivo regime jurídico, não só em virtude da qualificação da inexecução como uma destas subespécies, mas também consoante seja imputável ao devedor, ou imputável a caso fortuito ou força maior, à lei, a facto de terceiro ou do próprio credor.

Esta imputação ao devedor, aliás, tem a maior importância, no desenho do sistema, pois faz-se em termos de culpa. O devedor só responde quando age culposamente, isto é, quando a sua conduta não se reveste da diligência própria «de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso» (art. 487.º, 2 do Código Civil). Mesmo funcionando uma presunção de culpa do devedor, este pode sempre provar que não agiu culposamente (art. 799.º, 1).

No direito inglês, é pacífico que o *breach of contract* é uma noção objectiva, a que é alheia a ideia de imputação a título de culpa à pessoa do devedor: «em contradição completa com o direito alemão e em contradição parcial com o direito francês, a responsabilidade contratual é, em direito inglês, independente do princípio da culpabilidade. O simples *breach of contract* envolve a responsabilidade do devedor, independentemente de toda a ideia de culpa. Esta regra traduz-se, na prática, por dois elementos. Por um lado, o credor pode obter reparação pela simples prova da inexecução: para tal, não tem qualquer neces-

sidade de provar a culpa do devedor⁽¹⁴³⁾. Por outro lado, o devedor responde até ao limite da causa exoneratória, sem poder libertar-se pela simples prova da sua ausência de culpa»⁽¹⁴⁴⁾.

No direito português, tratando-se de um sistema de responsabilidade contratual subjectiva, o devedor exonera-se se provar não só que tinha uma causa de justificação para o não cumprimento (não havendo, portanto, omissão do comportamento devido) mas também quando mostrar que a sua conduta não foi culposa, que não merece reprovação ou censura da ordem jurídica. Diferentemente da orientação doutrinal predominante na vigência do Código Civil de 1867, a qual perfilhava um critério de apreciação da culpa *in concreto* na responsabilidade contratual⁽¹⁴⁵⁾, a lei civil de 1966 equiparou os regimes da responsabilidade obrigacional e extra-obrigacional, dispondo-se hoje que a diligência exigida para a determinação da culpa é a que um homem normal, o *bonus paterfamilias* da tradição romanista, hipoteticamente teria em face do circunstancialismo próprio do caso concreto — tal «referência expressiva ao bom pai de família acentua mais a nota *ética* ou *deontológica* do bom cidadão (do *bonus civis*) do que o critério puramente estatístico do *homem médio*.

«Quer isto significar que o julgador não estará vinculado às práticas de *desleixo*, de *desmazelo* ou de *incúria*, que porventura se tenham generalizado, se outra for a conduta exigível dos homens de boa formação e de são procedimento»⁽¹⁴⁶⁾.

Completamente diferente é, como vimos, a situação da *law of contract*, em que não é exigida a prova de qualquer *fault* na pessoa do autor do *breach of contract*. Aliás, a doutrina da *mens rea* ou da culpabilidade do autor de um *tort*, que foi vivamente defendida por SALMOND, não é hoje geralmente aceite

(143) O direito português, em todo o caso, prevê uma presunção de culpa relativamente ao devedor inadimplente, como pusemos agora em relevo.

(144) L. J. Constantinesco, *ob. cit.*, p. 482.

(145) V. Profs. Galvão Telles, *ob. cit.*, p. 199 (argumentando com o § 3.º do art. 717.º do Código de 1867) e A. Varela, *ob. cit.*, I, pp. 450 e ss.

(146) Prof. A. Varela, *ob. cit.*, I, p. 452, n(1).

sequer quanto a toda a responsabilidade delitual (*province of tort*) onde são cada vez mais vastas as zonas de responsabilidade objectiva. ⁽¹⁴⁷⁾.

Em todo o caso o direito inglês que permaneceu fiel ao princípio que baseia a responsabilidade contratual na mera inexecução, ligando a responsabilidade pelo prejuízo directamente ao contrato e não à culpa do contraente, teve de flectir na sua posição de intransigência, afastando-se da pureza da doutrina da irrelevância de força maior (caso *Paradine v. Jane*, decidido em 1647): «a garantia cessou de ser absoluta; não joga senão até ao limite da *frustration*» (CONSTANTINESCO).

Desde meados do séc. XIX, como vimos há pouco, que vão sendo admitidos vários casos em que ocorre *discharge* do contrato por *Frustration*. Admite-se assim, mas em casos muito limitados, a relevância de causas liberatórias ou exoneratórias da responsabilidade contratual.

LAWSON afirma que «*there has never been any suggestion that fault has anything to do with the performance or non — performance of an English contract*» ⁽¹⁴⁸⁾. Esta é a visão dogmática corrente e que parece perfeitamente justificada perante os dados de direito inglês. Isto, porém, não significa que, como escreve CONSTANTINESCO, o devedor não possa «ser liberado em certos casos, apesar da inexecução, mas com a condição de que esta última provenha da impossibilidade (...) O devedor responde pelo só facto da inexecução; mas em lugar de responder por toda a inexecução, não responde mais do que até ao limite de certas causas liberatórias (*impossibility e failure*)» ⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁷⁾ Heunston em *Salmond on Torts*, 13.^a ed., pp. 23 a 34: «*It seems better to say that fault has never been, and is not today, an essential element in tortious liability*» (p. 24). Veja-se o artigo 487.^o, 1 do Código Civil.

Bastará lembrar a importância da ideia de seguro, e os casos de responsabilidade objectiva pelos danos causados por um animal ou coisa perigosa (regra de *Rylands v. Fletcher*).

⁽¹⁴⁸⁾ *The Rational Strength of English Law*, p. 54, transcrito in Constantinesco, *ob. cit.*, p. 265.

⁽¹⁴⁹⁾ *Ob. cit.*, p. 266. Ver tb. René David, *Les Contrats ...*, pp. 390 ss.

Repare-se, por exemplo, no caso decidido em 1871 de *Robinson v. Davison*: a mulher do réu, célebre pianista, comprometeu-se a tocar num concerto, mas foi impedida de o fazer no dia marcado por uma doença grave. Tendo o autor exigido *damages* pelo *breach*, o tribunal entendeu que a continuação da boa saúde da mulher do réu era uma condição anexa ao *agreement*. Estando resolvido (*discharged*) o contrato, não foi violado pela omissão dela de não tocar no concerto, nem, por outro lado, podia a pianista insistir em cumprir quando estava incapacitada para o fazer. Este caso, para nós de impossibilidade devida a força maior (inimputável ao devedor) que extinguiria a obrigação (*ex vi* arts. 790.º-1, 791.º e 792.º-2), é resolvido pelos ingleses pelo recurso à ideia de verificação de uma condição resolutiva implícita. A doutrina da *frustration* é aplicável, mas nada tem a ver com a ideia de culpa ou ausência de culpa.

Por outro lado, o princípio da *frustration* serviu para explicar a resolução de casos relativos à não ocorrência de um evento particular. «Nos chamados *Coronation cases*, que surgiram com o adiamento da coroação do rei Eduardo VII, motivado por doença súbita, foi aplicado (este princípio) aos contratos cuja execução dependia da existência ou ocorrência de um particular estado de coisas que formasse a base em que o contrato foi feito»⁽¹⁵⁰⁾. Assim no caso *Krell v. Henry* (1903), o réu concordou em alugar um andar nos dias 26 e 27 de Junho de 1902, data dos cortejos de coroação, embora o contrato se não referisse a esta. Como os cortejos foram cancelados, o réu não pagou os dois terços da renda que ainda faltava entregar. A *Court of Appeal* denegou ao autor o direito a receber o resto da renda, porque os cortejos e a localização relativa do andar *lay at the foundation of the agreement*. De novo, não foi em sede de culpa ou de ausência de culpa que a questão foi posta, mas na de saber se a base negocial tinha desaparecido. A au-

(150) Anson — Guest, *ob. cit.*, p. 457.

sência do evento pressuposto pelos contraentes funcionava como causa exoneratória do devedor inadimplente⁽¹⁵¹⁾.

Compreende-se agora por que motivo há hesitações no direito inglês, em matéria de *frustration*. A regra geral (tendencial) parece ser (*mas, de facto, não é*) a formulada em *Paradine v. Jane* (1647): «*When the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract*». Porém, a tese da cláusula exoneratória tácita ou implícita (a expressa já estava ressalvada por esta decisão) veio alterar todo o desenho do sistema. A garantia contida na promessa do contraente não pode ser rigidamente entendida como no caso de *Taylor* (1584), em que se decidiu que o barqueiro que transportava um carregamento de batatas no Tamisa, era responsável pelos prejuízos causados pelo afundamento do barco devido a súbita tempestade, porque *he had subjected himself to all adventure*. Às antigas excepções (*Act of God, King's enemies*, ou seja, a guerra — já vistas por Coke como causas exoneratórias no século XVII), vêm-se acrescentando os modernos casos de alteração da base negocial, da personalidade do acto do devedor impossibilitado, da *underlying frustration* em caso de estado de guerra, alguns deles baseados na legislação parlamentar introduzida durante as últimas guerras mundiais. Apesar da teoria da *implied condition* e da base negocial (*foundation of contract*) serem muito discutidas, do ponto de vista dogmático, podemos dizer com CONSTANTINESCO que «as teorias da *impossibility*, da *frustration* e da *failure of purpose* desenvolveram-se por estas técnicas contraditórias, se bem que tendentes ao mesmo resultado. Os juizes presumiram que as partes, enquanto *reasonable men, tinham tido* ou *deveriam ter tido*, a intenção de prever a força liberatória do acontecimento superveniente. Recorrendo à ideia da *frustration* em certas circunstâncias, os juizes parecem

(151) Na doutrina portuguesa, os *coronation cases* não são desconhecidos. Costumam ser referidos a propósito da teoria da *pressuposição*. V. Prof. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, p. 407.

não exercer qualquer poder afim de fazer aquilo que é justo e razoável na nova situação. A dissolução do contrato parece a consequência lógica do facto de que a sua execução foi «*frustrada*» pelo acontecimento imprevisto. Mas de facto a cláusula exoneratória começou por ser tida como implícita» (152).

24. *A obrigação de indemnizar, consequência da inexecução contratual em ambos os Direitos*

Quando estudámos as consequências do *breach of contract*, vimos que, além da via geral, da *action for damages*, o contraente lesado podia ainda obter a restituição daquilo que já tinha por seu turno cumprido, através dum *remedy* quase — contratual (*quantum meruit*) ou, em certos casos, recorrer ao *equitable remedy*, o *decree for the specific performance*. Estas vias estavam à disposição do contraente lesado, independentemente do exercício do direito de resolução do contrato.

É curioso notar que o direito português, sem ter recebido influências do direito inglês, prevê, no caso de impossibilidade definitiva imputável ao devedor, precisamente o direito do credor de, independentemente da pretensão da indemnização, «resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro» (art. 801.º-2 do Código Civil). Não pode deixar de acudir-nos ao espírito a ideia de que existe um *common core of legal systems* (153), os «denominadores comuns» ou «princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas», os quais RUDOLF SCHLESINGER e o seu grupo de investigação têm procurado estabelecer como objecto do estudo comparativo.

(152) *Ob. cit.*, p. 264. Este autor, ao notar que as características da *impossibility*, imprevisibilidade e irresistibilidade, são comuns à *impossibilidade* do direito alemão e à *force majeure* do direito francês, preconiza a realização de um estudo comparativo na matéria.

(153) V. *The common core of legal systems, an emerging subject of comparative study*, in *XXth Century Comparative and Conflict Law*, 1961, pp. 65 a 79.

Ainda que incidentalmente, pois não se trata de um caso de responsabilidade contratual *proprio sensu*, chama-se a atenção para as semelhanças do *equitable remedy* que é a *action for specific performance* e das previsões do nosso Código Civil (arts. 827.º a 830.º) em matéria de *execução específica* de obrigações, especialmente do caso previsto na última destas disposições, de execução *in specie* de um contrato-promessa, através de sentença judicial que «produza os efeitos da declaração negocial do faltoso». A ordem dada pelo tribunal no direito inglês (*decree of specific performance*), impõe às partes de um contrato que cumpram ou executem os termos dos seus *agreements*. Simplesmente, sempre que os *damages* sejam «remédio» adequado para o *breach* não haverá *specific performance*: a *ratio legis* desta regra tradicional, ligada à dualidade de sistemas da *common law* e *equity*, não parece andar muito longe da do n.º 2 do art. 830.º do Código Civil. Há outras regras, porém, que não têm paralelo em matéria de execução específica com as do direito português⁽¹⁵⁴⁾, nomeadamente com as que se ligam à substituição da declaração negocial do contraente faltoso por sentença judicial, ideia estranha ao direito inglês.

Deixando, porém, esta comparação *obiter dicta* ou incidental, procederemos ao confronto de alguns princípios gerais de ambos os direitos no que se refere à obrigação de indemnizar os *damages*.

Deve começar por se chamar a atenção para a semelhança de regras em matéria de renúncia do credor aos direitos provenientes da violação contratual, entre os quais se contam os direitos à indemnização.

O artigo 809.º do nosso Código Civil estabelece que é nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a tais direitos, no caso de incumprimento ou mora do devedor, salvo

(154) A execução específica no direito português não é só da obrigação de negociar (basta recordar os arts. 827.º a 829.º C.C.). No direito inglês admitem-se os *decrees* da execução específica no caso de contratos relativos à terra (*land*), nos de subscrição de obrigações de sociedades comerciais, mas não nos contratos de empréstimo de dinheiro.

tratando-se de cláusula exoneratória ou limitativa de responsabilidade por actos de representantes legais ou auxiliares.

Relativamente próxima é a posição do direito inglês em matéria de *exemption clauses*: «embora as partes de um contrato sejam em geral livres de fazer o acordo que quiserem, os tribunais inclinam-se contra as cláusulas que tendam a exonerar uma parte da responsabilidade que de outro modo recairia sobre si⁽¹⁵⁵⁾. As palavras tão gerais em tal cláusula não exonerarão em regra a parte que procure basear-se nelas da responsabilidade pela própria negligência ou dos seus *servants*, a menos que o único objectivo para o funcionamento da cláusula seja a negligência dessa parte ou dos seus *servants*»⁽¹⁵⁶⁾.

Quanto à acção de indemnização e à obrigação de indemnizar, há algumas semelhanças e numerosos pontos de afastamento de ambos os direitos.

Assim, em relação ao *pressuposto* inexecução, comum a ambos os direitos, vimos no número anterior que o direito português exige uma inexecução ilícita e culposa (omissão culposa do comportamento devido), ao passo que o direito inglês, paradigma de *liability without fault* em matéria de *breach of contract*, se contenta com uma noção objectivizada de *violação*, que é figura genérica, não tendo interesse de especial, do ponto de vista jurídico, distinguir mora, impossibilidade definitiva, *reputation*, etc.. O caso do *delay* é particularmente curioso. Se não for essencial, o devedor tem de cumprir *within a reasonable time*. O tribunal pode conceder ao devedor um certo tempo para cumprir: isto tem a consequência de que o fim deste prazo é visto como da *essência do contrato*, pelo que o não cumprimento até tal momento dá direito, nos termos gerais, à resolução do contrato pela parte lesada (se assim o quiser, claro) e ao pedido de indemnização⁽¹⁵⁷⁾. Quanto à prática comercial escreve GUTTERIDGE, num texto muito significativo, que «um comerciante de reputação que tenha comprado mercadorias sem especificar um

(155) V. caso *Spurling (J.) Ltd. v. Bradshaw* (1956).

(156) *Salmond on Torts*, 13.ª ed., p. 12.

(157) Zweigert e Kötz, *Einführung* cit., II, p. 210.

certo tempo para a entrega não se precipita para o seu *solicitor* com instruções para a dedução de um *writ*, se considerar que houve uma demora injustificável. Senta-se e escreve uma carta severa a pedir a entrega em certa data e não se envolve em litígio até que este pedido tenha sido ignorado pelo devedor» (138).

Grandes diferenças com o regime do Código Civil apresenta a figura do *anticipatory breach*, que é dificilmente concebível fora da teoria muito ampla do *breach of contract*. O que dissemos atrás dispensa-nos, porém, de voltar à questão.

O outro pressuposto, normal no direito inglês, essencial no direito português, é a existência de prejuízos ou *damages* (aliás só de um ponto de vista substancial se pode duvidar de que os *nominal damages* sejam prejuízos).

Em ambos os direitos se fala em prejuízo, *perda real (real loss)*, e, em relação aos prejuízos causados (nos termos da doutrina da equivalência de condições) pela violação ou *breach*, distinguem-se em ambos os direitos as duas questões conexas (embora uma logicamente antecedente da outra) da delimitação do prejuízo indemnizável e da medida dos prejuízos reparáveis. O primeiro ponto será em seguida versado muito brevemente.

25. *Delimitação do prejuízo reparável nos direitos inglês e português*

A comparação entre os direitos inglês e português em matéria de delimitação do prejuízo reparável na responsabilidade contratual é, sem dúvida, um dos pontos em que maior interesse podem ter o confronto e as conclusões entre ambas as regulamentações, em especial sobre o correcto entendimento do problema tão difícil do nexo de causalidade. À excepção da comparação entre as noções e regimes de *breach of contract* e inexecução ou incumprimento de uma obrigação (contratual), nenhum outro parece susceptível de fornecer dados de tão grande

(138) Transcrito em Zweigert e Kötz, *ob. cit.*, II, p. 210.

valor dogmático para o comparatista que lança o seu olhar para o mundo da *common law*. Deve, porém, realçar-se que este ponto foi objecto de um estudo do Dr. CORTES ROSA, o qual ensaiou a comparação dos direitos francês e inglês em matéria de delimitação dos prejuízos reparáveis na responsabilidade contratual e delitual⁽¹⁵⁰⁾. Tratando-se de um dos raros trabalhos de direito comparado que se encontram na doutrina portuguesa e, para mais, versando a matéria de nexo de causalidade no direito inglês e num direito continental, o francês, iremos aproveitar os resultados da sua comparação, limitando assim a nossa tarefa nesta difícil matéria.

No direito português, como vimos, o artigo 563.º parece ter consagrado a teoria da causalidade adequada ou do condicionamento adequado, que está ligada ao nome do filósofo Von KRIES. Não podemos contemplar aqui os cambiantes da teoria da causalidade, problema «feito para seduzir o espírito dos juristas da Alemanha»⁽¹⁶⁰⁾. Bastará para nós reter o que afirmam os Profs. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ao comentarem o artigo em questão: «a disposição deste artigo, pondo a solução do problema na *probabilidade* de não ter havido prejuízo se não fosse a lesão, mostra que aceitou a doutrina mais generalizada entre os autores — a doutrina da *causalidade adequada* que o Prof. GALVÃO TELLES formulou nos seguintes termos: «determinada acção ou omissão será causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias conhecidas do agente e as mais que um homem normal poderia conhecer, essa acção ou omissão se mostrava, à face da experiência comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes probabilidades de o originar» (*Manual de Direito das Obrigações*, n.º 229)»⁽¹⁶¹⁾.

No nosso direito a obrigação de indemnizar, do ponto de vista jurídico, só abrange os prejuízos causados ou provocados

(150) Referimo-nos ao estudo atrás citado, publicado na RFDUL, XIV, pp. 339 ss. Ver ainda R. David, *Les Contrats*, pp. 410 ss.

(160) G. Marty, *La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile*, in R. Trim. Droit Civil, XXXVIII (1939), p. 689.

(161) *Código Civil anotado*, I, p. 399.

pelo acto ilícito (neste caso a inexecução ou incumprimento imputável ao devedor), isto é, aqueles para que o evento danoso é «uma causa *provável*, como quem diz *adequada* desse efeito»⁽¹⁶²⁾.

E, no direito inglês, apesar de não se fazer apelo à noção de culpa ou de *falta da diligência devida* (ao critério de diligência do bom pai de família, perante as circunstâncias de cada caso, que é, já o dissemos, o critério de imputação subjectiva de culpa, vigente no direito português nas responsabilidades contratual e delitual), vimos que a regra de *Hadley v. Baxendale* (interpretada recentemente no caso *Koufos*) limita a responsabilidade pelos prejuízos decorrentes do *breach*, em função da recondução a um único princípio geral de previsibilidade do prejuízo *ao tempo da celebração do contrato*⁽¹⁶³⁾ (quer o *reasonable foresight*, de que falava ASQUITH, decorra do *ordinary course of things*, quer do *special knowledge*, real ou presumido, das partes relativamente às circunstâncias do caso).

Perante esta regulamentação da responsabilidade contratual, que no direito inglês tal como no francês (art. 1150.º do *Code Civil*, que fala da responsabilidade pelos «dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat») atende à previsibilidade dos prejuízos no momento da celebração

⁽¹⁶²⁾ Profs. Pires de Lima e Varela, *ob. cit.*, I, p. 400. V. Prof. Pessoa Jorge, *Ensaio*, pp. 403 a 413.

⁽¹⁶³⁾ Repare-se que a previsibilidade se refere ao *momento da celebração do contrato* e não da ocorrência do *breach*. Diferente é a doutrina da causalidade adequada que atende ao momento da prática do facto danoso. Na técnica de Rümelin, por exemplo, o agente deverá «interrogar-se retrospectivamente sobre se o facto em questão continha uma possibilidade importante de provocar o prejuízo. É o critério do prognóstico objectivo retrospectivo (*die objektive nachträgliche Prognose*)» (G. Marty, *est. cit.*, p. 693).

Para o direito norte-americano, a regra da previsibilidade do dano ao tempo da celebração do contrato mantém-se, fazendo os autores apelo à regra inglesa com alguns acrescentamentos. Assim, por exemplo, V. A. Griffith: «Mas nem todos os prejuízos que podem ser imputados (*traced to*) ao *breach*, enquanto sua causa, são exigíveis. A compensação (*award*) é limitada àqueles prejuízos que foram previstos pelas partes ou deviam razoavelmente ter sido previstos (*anticipated*) como prováveis de ocorrer como uma *proximate and natural consequence of the breach*. As consequências remotas ou aquelas só levemente prováveis não estão dentro da área permitida para *recovery*» (*Outlines of the Law*, 1950, p. 237).

do contrato e não no momento do incumprimento (regime da causalidade adequada — v. art. 563.^o), afastamo-nos de um regime típico denexo de causalidade para entrarmos num sistema qualificável como de culpa do agente. Como escreve argumentamente o Dr. CORTES ROSA, «a exigência da previsibilidade do prejuízo indemnizável não aparece aqui para corrigir a extensão do conceito naturalístico de causa (como acontece, por exemplo, na doutrina da causalidade adequada). Podemos agora observar que esta exigência da previsibilidade do prejuízo indemnizável num momento anterior à prática do ilícito tem a mesma função que a exigência de culpabilidade nas *actiones liberae in causa* no campo do Direito Penal: a responsabilidade do agente, em ambos os casos, é delimitada pelas possibilidades de previsão de que ele dispôs num momento anterior à conduta ilícita» (164).

Não duvidando muito embora da explicação dada pelo Dr. CORTES ROSA sobre a natureza deste sistema, não podemos deixar de chamar a atenção para o facto *muito importante* de que a doutrina e a jurisprudência inglesas tratam da regra de *Hadley v. Baxendale* na teoria da *remoteness of damage*, onde são estudados os problemas da causalidade (165). Quer dizer, os autores ingleses não vêm o seu sistema de limitação dos prejuízos indemnizáveis como um sistema reportado a uma culpa do devedor, mas como um sistema de causalidade. Por isso, a natureza acima referida reporta-se ao ensinamento da dogmática continental. É JOSEF ESSER quem chama a atenção para que o conceito de culpa, a causalidade, o carácter directo do dano causado, o complexo de antijuridicidade, tudo são factores que podem em certa medida mudar entre si, atendendo «às suas funções de controle»: mas a atrofia de um desses factores, por exemplo da doutrina da causalidade, pode ser compensada por outro pensamento que tenha sofrido uma especialização corres-

(164) *Art. cit.*, p. 381. Sobre o imperialismo da vontade revelado nesta orientação como nos arts. 1150.^o, 1151.^o do *Code Civil*, v. o que escreve o autor na p. 376, e Carbonnier, *Droit civil*, II, 1964, pp. 515-516.

(165) Veja-se *Salmond on Torts*, 13.^a ed. pp. 745, ss, e o que se escreveu atrás.

pondente», como é o caso da *remoteness of damage*. Daí que possa falar-se de um mesmo pensamento jurídico fundamental, ainda que «debaixo da roupagem distinta» ou «qualquer que seja o esquema ideológico-jurídico» ⁽¹⁸⁶⁾.

A comparação revela, porém, que o momento atendível para efeitos da previsibilidade é, num sistema, o da inexecução (direito português) e, no outro, o da celebração do contrato (direito inglês) (187).

26. Outros aspectos susceptíveis de comparação

Não insistiremos agora, por já termos versado este ponto, que, quer no direito inglês, quer no direito português a *medida da indemnização* se acha através da aplicação da *teoria da diferença*, a qual é objecto de teorização jurisprudencial em Inglaterra (v. supra a formulação de MAYNE sobre diferentes *authorities*) e de enunciação em artigos do Código Civil português (arts. 562.º e 566.º, 2).

Mas há outros pontos em que a aproximação já atrás feita pode revelar-se útil: bastará lembrar a *doctrine of mitigation of damages* e a relevância da conculpabilidade do ofendido para efeitos de cálculo do *quantum* da indemnização (v. art. 570.º do Código Civil). Embora o mecanismo seja tecnicamente diferente (no direito inglês não se fala de *culpa* do lesado, mas efectivamente recorre-se a um padrão de diligência de um *homem razoável* que deve andar bem perto do critério de culpa continental), o pensamento fundamental subjacente parece ser, *sub specie functionis*, ainda idêntico.

Uma diferença real aparece na reparação dos prejuízos; enquanto que no direito inglês os *damages* são sempre uma quantia de dinheiro compensatória, o direito português prefere, como

⁽¹⁸⁶⁾ *Principio y norma*, p. 460.

⁽¹⁸⁷⁾ V. sobre a distinção do nexo de imputação por culpa e do nexo de causalidade, G. Marty, *art. cit.*, p. 695 e Prof. Pessoa Jorge, *Ensaio*, pp. 397-398.

regra, a reconstituição natural (art. 566.º, 1) e, só quando esta não for adequada, cabe uma indemnização por equivalente pecuniário: «o fim precípua da lei nesta matéria é, por conseguinte, o de prover à directa remoção do *dano real* à custa do responsável visto ser esse o meio mais eficaz de garantir o interesse capital da *integridade* das pessoas, dos bens ou dos direitos sobre estes» (168).

Quanto aos danos emergentes e aos lucros cessantes, não só o direito português, mas também o direito inglês prevê a sua reparação, ainda que os pressupostos possam ser diferentes (169).

Os danos morais não são ressarcíveis através da responsabilidade contratual no direito inglês, mas, tal como no direito francês, parece que nada impede que o sejam à face do Código Civil, embora o art. 496.º, 1 tome uma posição restritiva, só os prevendo em sede de responsabilidade extra-contratual (170).

Quanto à fixação dos prejuízos por convenção entre as partes, vimos já que o direito inglês admite uma liquidação antecipada de *damages*, mas não uma *penalty*, ao passo que o direito português admite com largueza a estipulação de uma cláusula penal (artigo 810.º, 1), mas de um ponto de vista prático, admitindo-se no nosso direito a redução equitativa da pena, os resultados não andarão muito longe nas duas ordens. Mais próximo da solução portuguesa está o princípio geral no direito norte-americano: «se a quantia estipulada for uma que tenha claramente sido calculada de forma arbitrária em excesso sobre qualquer prejuízo sofrido ou susceptível de ocorrer, os tribunais limitarão a indemnização ao prejuízo real ou perda» (171).

Outros pontos haveria ainda a comparar mas não parece que tal revista agora especial interesse, dada já a extensão tomada pelo estudo.

(168) Prof. Antunes Varela, *ob. cit.*, I, p. 760.

(169) V. Dr. Cortes Rosa, *est. cit.*, pp. 348-349.

(170) No sentido de que «a reparação dos danos não-patrimoniais escapa, em larga medida, às coordenadas legais do sistema da responsabilidade civil», v. Prof. Pessoa Jorge, *Ensaio*, pp. 376-377.

Para o direito francês, v. Jean Carbonnier, *ob. cit.*, p. 511.

(171) Griffith, *ob. cit.*, p. 238.

27. Conclusão

De tudo o que se escreveu, quer na análise descritiva de ambos os direitos, quer na síntese comparativa ensaiada, parece resultar que se notam fortes semelhanças na regulamentação substancial da responsabilidade, ao nível de pressupostos (incumprimento e *breach*) e de consequências gerais e típicas (*action for damages* e obrigação de indemnizar). As diferenças, porém, foram-se acumulando consoante se ia contemplando de mais perto a regulamentação dos dois ordenamentos na matéria.

Ao cabo deste longo trabalho, que se ressentia de numerosas imperfeições, algumas resultantes da inexperiência do seu autor, outras das condições de redacção da última parte dele (secções III e IV), parece, pelo menos, ter ficado demonstrada, sem qualquer sombra de dúvida, a validade da afirmação de ESSER que norteou o trabalho: «a identidade do pensamento jurídico não reside na figura dogmática, mas antes no fim prosseguido pelo seu emprego dentro de um mesmo e permanente problema»⁽¹⁷²⁾. Se assim for, como o cremos, parece não ser demasiado arriscado afirmar que a experiência jurídica subjectiva daquele que foi educado num ordenamento romanista ficou enriquecida com o contacto tomado com o mundo à parte da *common law*. É que há mais verdades «no céu e na terra» do que uma «vã» dogmática nacional, fechada sobre si mesma, levaria a pensar.

(172) *Principio y norma*, pp. 460-461.