

A RESPONSABILIDADE DO COMITENTE (*)

*Pelo Dr. Pedro Pitta e Cunha Nunes de Carvalho (**)*

SUMÁRIO

Nota prévia

1. Introdução do problema
2. A responsabilidade do comitente é um caso de responsabilidade pelo risco
 - I — Razões de ser desta opinião
 - II — O fundamento da responsabilidade pelo risco do comitente
3. Conceito de comissão
 - I — Primeira imagem do conceito de comissão
 - II — O conceito de comissão e o conceito de trabalho subordinado
 - III — O requisito da liberdade de escolha do comitente
4. Obrigação de indemnização por parte do comissário
 - I — Alcance e sentido da expressão «obrigação de indemnizar» por parte do comissário, contida no n.º 2 do artigo 500.º do Código Civil
 - II — Sobre a admissibilidade de conceitos diferentes de culpa para as relações externas e para as relações internas

(*) Relatório de exposição apresentado em Outubro de 1985, no âmbito do curso de Mestrado da Universidade Católica de Lisboa, na cadeira de Direito Civil e dentro do tema «Responsabilidade Civil».

(**) Assistente da Faculdade de Direito da Universidade (clássica) de Lisboa. E na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

5. Facto danoso praticado no exercício da função confiada ao comissário
 - I — Alcance e sentido da expressão
 - II — Orientação da jurisprudência. Referência à original orientação dos tribunais franceses
 6. Breve perspectiva do regime em alguns países europeus
 - I — França
 - II — Itália
 - III — Alemanha Federal
 - IV — Suíça
 - V — Espanha
- Bibliografia

NOTA PRÉVIA

Proponho-me neste trabalho abordar a questão da responsabilidade do comitente prevista no artigo 500.º do Código Civil português.

A minha pesquisa sobre este assunto levou-me à conclusão de que existe grande névoa em volta da questão. Formularam-se conceitos e critérios mas tem sido pouco firme e clara a sua aplicação.

Daí que o terreno seja movediço, mas também por isso aliante.

Não admira, pois, que na exposição subsequente surjam várias reflexões do autor sobre o tema.

Estas reflexões são o fruto da investigação e meditação que até agora tive oportunidade de fazer, pelo que têm apenas o amadurecimento possível. Certas, erradas, ou simplesmente discutíveis, constituem a minha mais recente visão do problema, e espero que tenham, pelo menos, a virtude de suscitar e revelar pontos de apoio para o debate e, se possível, deitar alguma luz sobre a questão.

1. *Introdução do problema*

A responsabilidade civil consiste na obrigação de indemnização, isto é, na obrigação de reparar ou compensar os prejuízos

causados a outrem. Daqui decorre que a responsabilidade civil não é, em bom rigor, uma fonte de obrigações, mas uma verdadeira obrigação ⁽¹⁾. A fonte da responsabilidade civil é o facto ou o conjunto de factos geradores dessa responsabilidade, dessa obrigação.

A responsabilidade do comitente prevista no artigo 500.º recorta-se dentro da responsabilidade civil extra-obrigacional ⁽²⁾, isto é, aquela que não resulta da violação de vínculos obrigacionais, mas da violação de deveres genéricos extra-obrigacionais.

É o seguinte o texto deste artigo 500.º do Código Civil:

«1. Aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar.

2. A responsabilidade do comitente só existe se o facto danoso for praticado pelo comissário, ainda que intencionalmente ou contra as instruções daquele, no exercício da função que lhe foi confiada.

3. O comitente que satisfizer a indemnização tem o direito de exigir do comissário o reembolso de tudo quanto haja pago, excepto se houver também culpa da sua parte; neste caso será aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 497.º».

A exposição subsequente vai partir da análise deste texto.

2. *A responsabilidade do comitente é um caso de responsabilidade pelo risco*

I — A responsabilidade do comitente é um caso de responsabilidade pelo risco. Esta conclusão impõe-se pela inserção sistemática do artigo 500.º, que está colocado na subsecção que trata da responsabilidade pelo risco (argumento sistemático de inter-

⁽¹⁾ Ao contrário do que parece decorrer da lei. Com efeito, o nosso legislador trata da responsabilidade civil (por factos ilícitos) no Capítulo II do Livro das Obrigações, que tem como epígrafe a expressão «Fontes das Obrigações».

⁽²⁾ A que a «Escola de Coimbra» chama *extra-contractual*.

pretação) e pela própria letra do preceito, que determina que o comitente, verificados determinados requisitos, responde *independentemente de culpa* pelos danos que o comissário causar ⁽³⁾(⁴) (elemento literal ou gramatical de interpretação).

Qual o alcance desta estatuição?

Ora bem, por força deste dispositivo legal, o comitente será chamado à responsabilidade, mesmo que não tenha tido culpa:

- 1 — na escolha do comissário (culpa «in eligendo»);
- 2 — nas ordens e instruções que tenha dado ao comissário (culpa «in instruendo»);
- 3 — na fiscalização da actividade do comissário (culpa «in vigilando»).
- 4 — no fornecimento dos instrumentos e utensílios necessários à realização da função do comissário;
- 5 — Antunes Varela enumera ainda um outro caso: a ocultação da ilicitude do acto. Parece-me, contudo, que esta hipótese é reconduzível aos casos de culpa «in instruendo».

II — Outra questão que se pode colocar a este nível, é a questão de saber quais são as razões de ser da responsabilidade pelo risco do comitente.

Uma primeira razão será a de que, servindo-se o comitente de outra pessoa para a realização de certo acto, colhendo vantagens dessa utilização, é justo que sofra também as consequências prejudiciais dela resultantes. Trata-se de uma consideração seme-

⁽³⁾ Art. 500.º n.º 1.

⁽⁴⁾ Para Vaz Serra, «de jure condendo», a responsabilidade civil do comitente deveria constituir um caso de responsabilidade subjectiva do comitente, embora se devesse estabelecer uma presunção de culpa da sua parte.

Entende este autor que «não é razoável que o comitente responda pelos actos dos seus comitidos, se não teve culpa (...), pois a prática de factos ilícitos pelo seu comitido não pode dizer-se compreendida, sem mais, no objecto desses serviços. Trata-se aí de um acontecimento anormal que não entrou nos cálculos do comitente ao encarregar alguém de certa comissão, tanto mais que o encargo da responsabilidade pode ser muito maior que o proveito esperado da comissão» (B.M.J. n.º 85, págs. 151 e segs.).

lhante à que serve de base ao regime de responsabilidade por acidentes de viação.

Contudo, para Antunes Varela este não será o único fundamento da responsabilidade civil do comitente, nem sequer o fundamento mais característico⁽⁵⁾.

Antunes Varela, notando que o artigo 500.º chama o comitente à responsabilidade pelos actos praticados pelo comissário, *mas solidariamente com este*, atribuindo ao comitente o direito de regresso contra o comissário por tudo o que haja pago (excepto se houver *também* culpa da sua parte) ⁽⁶⁾, conclui que o alcance da disposição é tornar o comitente *garante* do comissário.

Daqui infere o ilustre Professor: que a razão de ser deste regime, é a de que é mais justo que seja o comitente a suportar os efeitos da frequente insuficiência económica do património do comissário do que o lesado a suportá-los.

Mas então pergunto: porque será mais justo que seja o comitente a suportar os efeitos da referida insuficiência do património do comissário do que o lesado? A explicação não me parece ser outra: é porque o comitente beneficia da actividade do comissário. Portanto, o fundamento último é o mesmo que leva ao estabelecimento da generalidade dos casos de responsabilidade pelo risco: se alguém beneficia de certa actividade, em princípio é justo que deva suportar os riscos que lhe são inerentes.

Não me parece de aceitar a explicação de Antunes Varela: o que justificaria que fosse o comitente a suportar as consequências da insuficiência patrimonial do comissário seriam os factos de o ter orientado ⁽⁷⁾. Não julgo que estes factos justifiquem a responsabilidade, pelo risco, do comitente. Estes factos podem é (tendo havido culpa do comitente na sua prática) fundamentar a responsabilidade extra-obrigacional por factos ilícitos do comitente. Mas o fundamento da responsabilidade pelo risco do comitente, prevista no artigo 500.º, será sempre, em última análise,

(5) «Das Obrigações em Geral».

(6) Art. 500.º n.º 3.

(7) «Das Obrigações em Geral», Antunes Varela, páginas 537 e 538.

o de, beneficiando de uma actividade, ser justo que suporte os riscos que lhe são inerentes ⁽⁸⁾.

3. Conceito de comissão

I — Cabe agora definir a comissão ou *relação prepositória*. Trata-se de um ponto que julgo não estar versado com muita clareza pela doutrina. Ponto assente é o de que a expressão «comissão» não tem aqui o sentido técnico do artigo 266.º do Código Comercial. Tem o significado amplo de *serviço*.

Segundo Pessoa Jorge, a comissão consiste na «realização de actos de carácter material ou jurídico, que se integram numa tarefa ou função confiada a pessoas diferentes do interessado»⁽⁹⁾.

Quanto a mim, proporia a seguinte definição: actos ou actividade realizados por conta e sob a direcção de outrem. Trata-se de uma definição muito próxima da que propõe Antunes Varela ⁽¹⁰⁾. Simplesmente, este autor só fala em actividade. Ora a actuação pode traduzir-se na prática de um só acto e não necessariamente de uma actividade (conjunto de actos encadeados por uma certa finalidade). Aliás o próprio autor admite que a actividade se traduza num acto isolado, utilizando pois a expressão «actividade» num sentido amplo. A divergência é, pois, mera-

⁽⁸⁾ Alguns autores falam ainda numa razão de ordem prática, que teria levado o nosso legislador a estabelecer a responsabilidade civil do comitente pelos actos do comissário: a dificuldade de provar a culpa do comitente nas grandes unidades comerciais e industriais, resultantes do desenvolvimento económico.

Mas repare-se que só no caso de o comissário não ter bens para indemnizar o lesado é que a responsabilidade objectiva do comitente constituirá sucedâneo da responsabilidade por factos ilícitos culposos, pois de outro modo o comitente efectiva o direito de regresso contra o comissário e quem suporta os prejuizos causados, em última análise, é este.

Refira-se também que as grandes unidades comerciais e industriais são, em princípio, pessoas colectivas. Respondem portanto nos termos do art. 500.º do Código Civil, mas não directamente, antes por imposição do art. 165.º do mesmo diploma.

⁽⁹⁾ «Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil», pág. 148.

⁽¹⁰⁾ «Das Obrigações em Geral», Antunes Varela, págs. 532/3.

mente de ordem terminológica, e não de conteúdo. Contudo julguei útil assinalar este ponto.

O acto ou actividade é realizado por conta de outrem, ou seja, por pessoa diferente da do interessado. Por outras palavras, o acto ou actividade é realizado no interesse de outrem que não o agente ⁽¹¹⁾.

O acto ou actividade é igualmente realizado sob direcção de outrem: há-de existir entre comissário e comitente uma relação de dependência ⁽¹²⁾⁽¹³⁾.

Esta figura da comissão surgirá fundamentalmente ao nível obrigacional contratual, mas pode igualmente surgir ao nível familiar ⁽¹⁴⁾ desde que estejam presentes as linhas gerais da figura.

Não me repugna também admitir a existência da figura se alguém realizar determinada actividade no interesse e sob direcção de outrem, mas não existir nenhuma obrigação de cumprimento do contrato por ele ser inválido ⁽¹⁵⁾.

⁽¹¹⁾ Trata-se de característica que certa doutrina designa por *alienidade* («aje-nidad», em espanhol, «alienità», em italiano).

⁽¹²⁾ Aquela característica surge designada na doutrina e jurisprudência francesas pelas expressões «droit de surveillance», «droit de direction» ou ainda «droit de controle».

⁽¹³⁾ A característica da subordinação afasta desde logo do conceito de comissão a relação de representação legal. Cfr. Manuel de Andrade, «Teoria Geral da Relação Jurídica», pág. 134 nota (1), que salienta ainda o facto de o incapaz não se ter colocado voluntariamente na situação de representado.

⁽¹⁴⁾ Como refere Almeida e Costa, em «Direito das Obrigações», pág. 405.

Contudo repare-se que esta relação nunca poderá surgir ao nível do poder paternal pois trata-se de um caso de representação legal. Mesmo tratando-se de acto praticado pelo filho sob ordens e instruções dadas pelo pai, no exercício do poder paternal não existe comissão pois falta então a característica da alienidade: o poder paternal é exercido pelo pai mas no interesse do filho — art. 1878.º n.º 1 C. Civil.

Campo onde pode surgir a comissão — no âmbito das relações familiares — é aquele que é definido pelos deveres de respeito, auxílio e assistência referidos no art. 1874.º do C. Civil (neste sentido Vaz Serra, BMJ n.º 85, pág. 167).

Rui de Alarcão admite ainda a figura no domínio das relações de amizade e dá o seguinte exemplo: «(...) o proprietário de um automóvel recorre aos serviços benévolos de um parente ou de um amigo, todavia lhe dá instruções precisas (...)» («Direito das Obrigações», pág. 301).

⁽¹⁵⁾ Se estiverem presentes os requisitos gerais da figura, parece-me realmente que é de aceitar ainda a sua existência a nível das relações contratuais de facto (hipó-

II. Mas pensando no caso mais vulgar de a comissão ter por fonte um contrato, as características da alienidade e da subordinação não imporão que se conclua que a relação entre comissário e comitente seja uma relação de trabalho subordinado?

É que estas características são as características que os trabalhadores utilizam para caracterizar a relação de trabalho subordinado, designadamente para a distinguir da relação de trabalho autónomo (aquele que tem por fonte um contrato de prestação de serviço) ⁽¹⁶⁾.

Com efeito, se a relação entre dois sujeitos consistir na relação de trabalho autónomo, não existe por definição *sujeição* de um dos sujeitos às ordens e instruções do outro.

Assim, se a relação que se estabelece entre comitente e comissário pressupõe as tais características da alienidade e da subordinação, como o admite a generalidade da doutrina ⁽¹⁷⁾, então o problema da qualificação de certa relação como *relação prepositória*, ao nível contratual, resumir-se-á ao problema da qualificação da relação como relação de trabalho subordinado.

Ora isto levaria a concluir que não é comissão a função do mandatário ⁽¹⁸⁾, como não o é a do empreiteiro nem a do depo-

tese que parece admitir Rui de Alarcão na obra citada, nas págs. 300 e 301, e que admite Vaz Serra no BMJ n.º 85, pág. 159).

Suponha-se que *A* encarrega *B* de determinada tarefa e este, na sua execução, causa prejuízos a alguém. Fará sentido dizer que nesta hipótese não existe comissão para efeitos da aplicação do art. 500.º do C. Civil e da consequente responsabilidade solidária de *A*, só porque, por exemplo, o contrato entre *A* e *B* era nulo por vício de forma?

Penso que não.

Dáí que mais atrás tenha preferido a expressão *dependência* «tout court» à expressão «dependência jurídica», que pode insinuar a não qualificação como comissão de casos como este.

⁽¹⁶⁾ «Direito do Trabalho e da Segurança Social», Mota Veiga, 1980/81, págs. 8 e segs.

«Noções Fundamentais de Direito do Trabalho», Monteiro Fernandes, págs. 13 e segs.

⁽¹⁷⁾ Almeida e Costa, Antunes Varela, Menezes Cordeiro, Rui de Alarcão, Vaz Serra, designadamente.

⁽¹⁸⁾ A questão é muito debatida, mesmo na doutrina estrangeira.

Assim, por ex., enquanto Demogue admite que existe sempre entre mandante

sitário. Trata-se de modalidades do contrato de prestação de serviços, tipo contratual que gera uma relação de trabalho autónomo.

Assim, para se saber se num caso concreto se está perante relação contratual de comissão ou não, bastaria verificar a existência ou não de trabalho subordinado.

Esta verificação nem sempre é fácil, e por isso os trabalhistas têm vindo a elaborar uma série de critérios destinados a detectar a existência de trabalho subordinado.

Carmelynk e Lyon-Caen, por exemplo, sugerem os seguintes índices reveladores de trabalho subordinado:

1 — Local de trabalho. A prestação do trabalho em instalações do sujeito activo ou em instalações por este designadas constitui índice revelador de trabalho subordinado.

e mandatário uma relação de comissão, os Mazeaud já entendem que nem sempre a relação será desse tipo.

Entre nós, embora à luz do Código Civil anterior, Manuel de Andrade aborda a questão.

Para Manuel de Andrade aos mandatários caberá a qualificação de comissários se «forem tão circunscritos os seus poderes que não lhes deixem qualquer iniciativa; ou quando, embora competindo-lhes certos poderes de representação mais ou menos amplos, todavia seja de prestação de serviços a relação interna que os liga ao principal».

E mais à frente acrescenta que: «óbvio será não poder qualificá-los desse modo quando a procuração lhes tenha sido conferida no seu próprio interesse».

Mas repare-se que Manuel de Andrade trata do problema a propósito das pessoas colectivas. Não existindo no Código de Seabra preceito expresso a responsabilizar extra-obrigacionalmente as pessoas colectivas pelos actos dos seus órgãos e agentes, Manuel de Andrade propõe a aplicação da doutrina do art. 2380.º desse diploma que estabelece a responsabilidade do comitente.

Só que, para o efeito, depara com o problema de o texto falar em ordens e instruções recebidas, referência que parece significar subordinação jurídica, característica que não se verifica na relação entre o órgão da pessoa colectiva e ela própria. Manuel de Andrade parece concluir finalmente que essa característica não é fundamental para que exista comissão (Manuel de Andrade, «Teoria Geral da Relação Jurídica», págs. 137/8).

À luz da lei actual Manuel de Andrade já não depararia com este obstáculo: a responsabilidade dos órgãos da pessoa colectiva resulta da lei (art. 165.º C. Civil). Continuaria nesta hipótese Manuel de Andrade a defender que a subordinação não é elemento essencial do conceito de comissão, e isto contra toda a actual doutrina portuguesa?

2 — Horário de trabalho. A existência de horário estabelecido pelo sujeito activo também indicia a existência de trabalho subordinado.

3 — Exclusividade. No mesmo sentido aponta o facto de o trabalhador não prestar actividade para mais ninguém.

4 — Modalidade de retribuição. A existência de retribuição certa é facto que permite presumir a existência de trabalho subordinado.

5 — Titularidade dos utensílios, matérias primas ou produtos necessários à realização da actividade. Se o fornecimento destes bens for feito pelo sujeito activo, insinua-se uma relação de trabalho subordinado.

6 — Pessoal assalariado dependente do trabalhador. A ausência de pessoal assalariado dependente do trabalhador é sinal revelador de trabalho subordinado.

Tais os sinais de *trabalho subordinado*, para em cada caso identificar ou não a chamada relação prepositória.

Contudo não ousou perfilar esta ideia sem pesquisa e investigação mais profundas para as quais não disponho de tempo ao nível deste pequeno trabalho de mestrado.

Tomo esta atitude prudente porque muito me impressiona que nenhum dos consagrados autores portugueses tenha tomado algum dia esta posição ou se tenha pronunciado claramente sobre ela ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ Rui de Alarcão suscita o problema sem contudo se alongar ou tomar posição nas suas lições de «Direito das Obrigações», págs. 298 e segs.

O mesmo faz Vaz Serra ao referir-se ao direito francês no BMJ n.º 85, pág. 142. Escreve este autor: «A natureza dependente ou independente do trabalho tem aqui grande importância, pois serve para esclarecer se o beneficiário dos serviços responde ou não pelos factos daqueles que emprega». Por outras palavras, a natureza subordinada ou autónoma do trabalho, indica a existência ou a ausência de relação prepositória».

Escreve mais à frente Vaz Serra: «A determinação do carácter dependente ou independente do trabalho faz-se atendendo ao conjunto das circunstâncias de cada caso: condições pecuniárias, vigilância, recrutamento e pagamento de ajudantes, etc.». A proposta é semelhante à que fiz no texto *supra*.

Além disso também reconheço que a situação do mandatário não é, em termos de dependência relativamente ao mandante, exactamente igual à situação do empreiteiro em relação ao dono da obra, embora ambas sejam situações de trabalho autónomo que têm por fonte contratos de prestação de serviços. A lei fala relativamente ao mandato em instruções do mandante (arts. 1161.º *a*) e 1162.º do C. Civil) enquanto que na empreitada apenas atribui excepcionalmente poder ao dono da obra para exigir alterações no plano convencionado (arts. 1208.º e 1216.º C. Civil) para além do poder genérico de fiscalização que lhe é atribuído (art. 1210.º do C. Civil).

A alternativa seria admitir neste campo um conceito de subordinação diferente daquele que é utilizado no Direito do Trabalho.

Simplesmente também esta posição me incomoda um pouco, já que me custa aceitar a existência de dois conceitos diferentes de subordinação no âmbito do Direito Privado. Confesso que admitir dois conceitos de subordinação, um para os civilistas e outro para os trabalhistas, algo me repugna. Não haverá uma certa incoerência?

Seria sem dúvida útil procurar harmonizar ou pelo menos esclarecer melhor as perspectivas de civilistas e trabalhistas.

Contudo esta tarefa, que me levaria a entrar também no domínio do Direito do Trabalho, seria uma empresa demasiado longa e melindrosa, que exigiria um lapso de tempo (para investigação ao nível da doutrina e jurisprudências nacional e estrangeira, e para reflexão) bastante mais extenso do que o prazo de que disponho para a entrega deste relatório.

Por isso, e com pena, fico-me por aqui quanto a este ponto, com a promessa de a ele regressar na primeira oportunidade.

III. Outra questão que se pode levantar nesta sede é a de saber se, para existir responsabilidade do comitente, se torna ou não necessário que exista liberdade de escolha do comissário por parte daquele.

Trata-se de uma exigência muito duvidosa.

Como nota Antunes Varela ⁽²⁰⁾, em geral a liberdade de

(20) «Direito das Obrigações», pág. 534.

escolha anda associada a relação de dependência, constituindo a sua guarda avançada ou primeiro sinal de revelação.

Com efeito, em princípio, se o titular do interesse não tem liberdade de escolha é porque não tem poder de dar ordens e instruções às pessoas encarregadas de satisfazer o interesse, é porque não é ele o comitente mas outra pessoa.

Mas é concebível pelo menos um caso em que não exista liberdade de escolha por parte do titular do interesse mas em que exista poder de vigilância da actuação da pessoa encarregada de o satisfazer. É o caso do titular do interesse ter delegado noutrem o encargo da escolha da pessoa encarregada de o satisfazer, mas ter conservado o poder de dar ordens e instruções.

Existem igualmente casos em que a liberdade de escolha é limitada. Pense-se nas hipóteses em que as funções só possam ser exercidas por indivíduos com determinado diploma ou inscritos em determinado organismo. Também nestes casos, e por maioria de razão, existirá comissão para efeitos do art. 500.º sempre que se verifique a relação de dependência entre o interessado e o encarregado da satisfação do interesse.

Parece-me que nestes casos não deixamos de estar perante uma verdadeira *relação de comissão*, para efeitos do art. 500.º n.º 2. O requisito da liberdade de escolha não me parece de considerar para efeitos de responsabilidade objectiva do comitente. Compreende-se que este elemento possa interessar para efeitos de responsabilidade civil por factos ilícitos, mas não já para efeitos de responsabilidade pelo risco, já que o fundamento desta responsabilidade consiste na ideia de que se alguém beneficia de determinada actividade é justo que suporte os riscos inerentes, e não em qualquer actuação desvaliosa (culposa) na escolha do comissário (21).

(21) Pronunciando-se sobre a questão, Menezes Cordeiro («Direito das Obrigações», págs. 371 e 372) defende a exigibilidade do requisito da escolha feita pelo comitente. O âmbito da escolha não se cinge, contudo, à pessoa do comissário. O que se exige é «um mínimo de liberdade na constituição do vínculo de comissão, seja escolhendo o comissário, seja, mesmo, determinando o âmbito da comissão, o momento da sua efectivação, etc.». No mesmo sentido, embora usando diversa terminologia, Vaz Serra, B.M.J. n.º 85, páginas 159 e 160.

4. Obrigação de indemnização por parte do comissário.

I — Exige ainda o artigo 500.º do Código Civil, para que o comitente possa ser chamado à responsabilidade, que recaia sobre o comissário obrigação de indemnizar.

Deve então colocar-se a questão de saber a que categorias de obrigação de indemnização se refere o preceito: à responsabilidade civil por factos ilícitos, à responsabilidade civil por factos lícitos, à responsabilidade pelo risco, ou a todas elas (22).

Em princípio, onde o legislador não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo. Esta máxima ou directriz interpretativa decorre do critério geral de hermenêutica legislativa do artigo 9.º n.º 3 do Código Civil. Aí se estatui que «na fixação do sentido e alcance da lei o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados». Aplicando este ensinamento ao artigo 500.º n.º 2, resta concluir que se o legislador não distinguiu foi porque pretendeu abranger todas as categorias de responsabilidade civil (23). Note-se, porém, que esta presunção do artigo 9.º n.º 3 do Código Civil não é inilidível (art. 350.º n.º 2 do Código Civil). Assim, este ponto de partida não impede, por exemplo, que do complexo da regulamentação existente resulte que uma ou algumas das modalidades da responsabilidade civil se não possam considerar incluída na expressão *obrigação de indemnização*

(22) O problema tem ainda maior amplitude: não se poderá considerar abrangida na expressão obrigação de indemnização a responsabilidade civil obrigacional do comissário?

Julgo que sim, nos casos em que o comissário não for representante do comitente e em que, portanto, *não é ele o sujeito passivo da obrigação* (art. 800.º n.º 1 «a contrario»). Por exemplo, *A*, no interesse e por instruções de *C*, compra para si um quadro a *B*, para o revender a *C* (negócio fiduciário, «fiducia cum amico»), e não paga a *B* o preço do quadro. Penso que *C* é garante de *A* nos termos do art. 500.º do C. Civil. Repare-se que nesta hipótese o devedor é *A* e não *C*, razão por que não se aplica o art. 800.º do C. Civil.

Claro que, se entre comitente e comissário existir um nexo de representação, não se aplica o art. 500.º mas o art. 800.º do C. Civil, porque então o devedor é *C* e *A* um auxiliar que este utiliza para o cumprimento *da sua* obrigação.

(23) Neste sentido Mota Pinto, «Teoria Geral do Direito Civil», pág. 321.

contida no artigo 500.º n.º 2. E ,então, a harmonização dos vários preceitos sobre a matéria levará à adopção de uma interpretação restritiva da fórmula «obrigação de indemnização» do artigo 500.º n.º 2.

Vejamos o que acontece em relação à responsabilidade pelo risco.

Existem fundamentalmente cinco casos de responsabilidade pelo risco no Código Civil:

- Responsabilidade do comitente (art. 500.º)
- Responsabilidade do Estado (art. 501.º)
- Responsabilidade por danos causados por animais (art. 502.º)
- Responsabilidade por acidentes causados por veículos (art. 503.º e segs.)
- Responsabilidade por danos causados por instalações de energia eléctrica ou gás (arts. 509.º e 510.º).

Portanto será fundamentalmente nestes casos que se pode pôr o problema de o comissário ter obrigação de indemnizar fundada no risco. Será conciliável a responsabilidade pelo risco do comissário com a responsabilidade do comitente?

Pensemos na seguinte hipótese: o comissário responde pelo risco nos termos do artigo 503.º do Código Civil (acidentes causados por veículos).

Repare-se que para que alguém tenha obrigação de indemnizar nos termos deste preceito, tem de ter a direcção efectiva do veículo e tem de «*o utilizar no seu próprio interesse*».

Ora, por definição, o comissário actua no interesse do comitente, pelo que parece que é de concluir que o comissário não pode responder pelo risco enquanto comissário. A responsabilidade pelo risco deste só começa onde acabam as suas funções de comissário (24). Se o comissário provocou um acidente no

(24) Neste sentido, Menezes Cordeiro, «Direito das Obrigações», pág. 385: «Só há interesse próprio quando não haja comissão». Será talvez difícil conciliar esta afirmação com aquela que o autor faz na página 372 da mesma obra, a respeito da expressão «obrigação de indemnização» do art. 500.º n.º 1: «Como a lei

exercício das suas funções, é porque estava a actuar no interesse do comitente e, então, este responde directamente nos termos do artigo 503.º do Código Civil.

A própria lei inculca este raciocínio quando diz no n.º 3 do artigo 503.º do Código Civil que o comissário responde nos termos do n.º 1 se conduzir fora do exercício das suas funções. Se conduzir no exercício das suas funções só responde por culpa (e portanto não responde pelo risco), ainda que meramente presumida (primeira parte do art. 503.º n.º 3).

Ora, as coisas não são assim tão lineares.

Suponhamos o seguinte caso: o patrão pede ao empregado que leve determinado objecto a determinada pessoa em determinado lugar. O empregado, cumprindo as instruções recebidas, leva o objecto a tal sítio mas em carro próprio.

Se o empregado levasse o objecto no carro que o patrão fornece, seria o patrão a responder pelo risco. Mas na primeira hipótese quem deve responder pelo risco?

— Naturalmente, quem utilizar o veículo no próprio interesse e tiver a direcção efectiva deste.

Pergunta-se então: o empregado utiliza o veículo em interesse próprio ou no interesse do patrão?

— Parece-me que há que analisar cada caso concreto para se responder a esta questão.

Se a comissão, nesta hipótese a entrega do objecto, não pudesse ser efectuada em tempo ou cabalmente senão com a utilização do veículo, parece que o comissário actuou exclusivamente no interesse do comitente, embora utilizando carro próprio.

O comissário não utiliza portanto o veículo em interesse próprio, e por isso não responderá pelo risco.

Mas responderá o patrão?

não distingue, deve entender-se que essa imputabilidade tanto pode ser a título delictual, como objectivo».

Este autor entende que a expressão obrigação de indemnização do art. 500.º n.º 1 tem alcance amplo, abrangendo tanto a responsabilidade por factos ilícitos como a responsabilidade objectiva e a responsabilidade por factos lícitos (pág. 374 ao cimo da obra citada).

É que para que o patrão responda pelo risco é necessário que seja detentor do veículo, no sentido de ter a sua direcção efectiva, de recair sobre ele a obrigação de tomar as providências indispensáveis a assegurar o bom funcionamento do mesmo.

Creio que é possível dizer que nesta hipótese o patrão (comitente) tem a direcção efectiva do veículo e responde pelo risco.

Isto por duas razões:

Em primeiro lugar se assim não fosse ninguém responderia pelo risco (já vimos que o comissário nesta hipótese não utiliza o veículo em interesse próprio), o que não me parece justo.

Em segundo lugar porque não me parece ilógico admitir a figura da detenção mediata ou indirecta, isto é, alguém ter a direcção efectiva de um veículo através de outrem.

É, aliás, este o raciocínio que fazemos quando responsabilizamos pelo risco o patrão, quando o acidente é causado pelo empregado na condução do veículo do patrão mas é este ou outro empregado quem zela pelo bom funcionamento do veículo.

Mas suponhamos que a comissão podia ser realizada em bons termos utilizando, por exemplo, os transportes públicos, e o comissário utilizou o seu carro por mera comodidade sua. Nesta hipótese, não me repugna aceitar que utilizou o veículo no seu interesse próprio, ainda que no exercício da comissão. Por outras palavras, não me repugna aceitar que se utilize veículo no interesse próprio e no exercício da comissão. Em bom rigor não quebra o nexo de comissão porque há interesse conjunto do comissário na utilização do veículo e do patrão, na realização da comissão.

E refira-se que o facto de A utilizar o veículo sem que para isso tenha recebido ordens do comitente não vai contra o requisito da subordinação. A subordinação não deixa sequer de existir pelo facto de o comissário ir contra as instruções recebidas («... ainda que contra as instruções ...») (25). Ora esta posição levar-me-ia a considerar que a expressão «obrigação de indemnização» do art. 500.º n.º 2 tem amplitude bastante para abarcar

(25) Mais à frente desenvolverei este ponto.

casos de responsabilidade pelo risco. Mas mais à frente pronunciarme-ei de modo definitivo sobre a questão.

As considerações tecidas a propósito deste exemplo, de responsabilidade civil pelo risco por acidentes causados por veículos, são extensivas aos restantes casos de responsabilidade civil pelo risco, já que estão equacionados em termos semelhantes. Vejamos:

1 — Danos causados por animais (art. 502.º do Código Civil). Para que alguém responda pelo risco pela utilização de animais deve utilizá-los no seu próprio interesse. Mas julgo poder conceber um caso em que existe interesse conjunto: *A*, empregado, deve transportar determinada quantia de dinheiro do patrão. Para maior segurança da sua pessoa e do dinheiro leva o seu pastor alemão que, no percurso, sem culpa de *A*, ataca um transeunte. Este caso também parece impor a interpretação lata da fórmula do art. 500.º n.º 2. Mais adiante tomarei posição definitiva sobre o assunto.

2 — Danos causados por instalações de energia eléctrica ou gás (art. 509.º do Código Civil). O regime é paralelo ao referido *supra*.

3 — Responsabilidade do comitente (art. 500.º do Código Civil). Suponhamos que *A*, comissário, para a execução da sua função, contrata alguém que actua no seu interesse (facilitar-lhe a execução da comissão) e sob suas instruções ⁽²⁶⁾. Julgo que o comissário reúne também as qualidades de comitente e responde pelos danos causados pelo seu comissário nos termos do artigo 500.º. Mas ao contratar o sub-comissário, *A* não deixa de estar a actuar no interesse do seu comitente. Existe interesse conjunto. À primeira vista a hipótese parece igualmente subsumível no art. 500.º n.º 2.

Mas, existirão razões para não considerar abrangida na expressão do artigo 500.º n.º 2 a responsabilidade por factos lícitos?

(26) Surgindo assim a figura da *subcomissão*.

Pense-se na hipótese de *A*, no exercício da sua função de «chauffeur» de uma empresa, embater com o veículo que conduz num outro veículo para não atropelar uma criança. Funciona aqui uma causa de exclusão da ilicitude (estado de necessidade — art. 339.º), mas *A* pode ser obrigado a pagar ao dono do carro abalroado uma indemnização equitativa (n.º 2 do citado artigo). Se aplicarmos a doutrina do art. 500.º a empresa responderá solidariamente com *A*, mas no plano das relações internas terá direito de regresso contra este.

Esta solução que, no plano das relações internas, não se me afigura justa (uma vez que é o comissário, em última análise, quem suportará os prejuízos que causou sem culpa⁽²⁷⁾), sendo certo que a actividade é exercida no interesse do comitente, pelo que justo seria que fosse este a suportá-los), levou-me a concluir que o artigo não foi pensado para as hipóteses de responsabilidade por factos lícitos do comissário.

A aplicação da doutrina do artigo 500.º n.º 2, a admitir a responsabilidade objectiva do comitente nos casos de responsabilidade objectiva do comissário, também conduz a uma solução injusta ao nível de relações internas. Também nesta hipótese é o comissário quem, em última análise, suporta todos os prejuízos causados, o que igualmente se não afigura justo já que a actividade é prestada no interesse conjunto do comissário e do comitente⁽²⁸⁾. Razoável seria estabelecer uma repartição na reparação dos prejuízos entre os dois sujeitos. Parece-me, pois, que o artigo 500.º não foi pensado também para os casos de responsabilidade objectiva do comissário. Finalmente-me parece que o artigo só foi pensado para os casos de culpa do comissário.

Penso que reforça esta conclusão a expressão *também* no art. 500.º n.º 3: «O comitente que satisfizer a indemnização tem o direito de exigir do comissário o reembolso de tudo quanto haja

(27) Salvo no caso de ser insolvente.

(28) Conforme resulta da análise das diversas situações feita anteriormente, se a actividade for prestada no interesse exclusivo do comitente, o comissário não responde pelo risco; se for prestada no interesse exclusivo do comissário, então não existe sequer comissão.

pago, excepto se houver também culpa da sua parte (...)). Admite-se que haja culpa do comitente. Mas não se admite que não haja culpa do comissário.

Ora, a culpa que consiste no nexó ético-jurídico da imputação do facto ao agente, na censura jurídica, num juízo de reprovação, não existe na responsabilidade por factos lícitos, que não são reprováveis por definição ⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾. E não existe também (por definição) na responsabilidade objectiva, pelo que acabo por concluir que a expressão «obrigação de indemnização», contida no artigo 500.º n.º 2, só existe nos casos de obrigação de indemnizar emergente de *factos ilícitos e culposos que não consistam na violação de obrigação de que o comitente seja sujeito* ⁽³¹⁾. Não estando prevista a responsabilidade pelo risco do comitente para além dos casos de culpa do comissário, resta concluir que só nestas hipóteses haverá responsabilidade objectiva do comitente, dado o disposto no artigo 483.º n.º 2 (onde se dispõe que «só existe obrigação de indemnização independentemente de culpa nos casos especificados na lei»).

Nem sequer se pode defender a aplicação analógica do artigo 500.º aos casos de responsabilidade independente de culpa do comissário. Desde logo *porque* o preceito em apreço é uma norma excepcional que exclui a integração analógica (art. 11.º e 483.º n.º 2). Acresce que a disciplina do artigo 500.º não é satisfatória para esses casos, como atrás se verificou ⁽³²⁾. Não existe paralelismo de situações que justifique a extensão do regime que só serve aos casos em que o comissário agiu com culpa.

⁽²⁹⁾ Como escreve Vaz Serra no BMJ n.º 90, pág. 288, a propósito da responsabilidade por factos lícitos: «(...) a pretensão de indemnização não pressupõe culpa; e é justificada pela consideração de que, quando o exercício de direitos privados tem de ceder ante interesses superiores da colectividade sem possibilidade de defesa, deve ser dada ao prejudicado uma compensação».

⁽³⁰⁾ Sobre o conceito de culpa veja-se, por exemplo, «Direito das Obrigações»; I. Galvão Telles, págs. 262 e 266, «Das Obrigações em Geral», Antunes Varela, págs. 451 e segs., e «Direito das Obrigações», Almeida Costa, pág. 380 e segs.

⁽³¹⁾ Se o sujeito da relação obrigacional for o comissário já a hipótese é, quanto a mim, subsumível no art. 500.º (cfr. nota 22 da pág. 97).

⁽³²⁾ Conforme se viu, a solução no plano das relações internas não é razoável nem justa.

Esta conclusão não me impede de discordar com a opção do legislador.

Justo seria que se estatuísse a responsabilidade objectiva do comitente, quer o comissário fosse chamado à responsabilidade com fundamento em factos ilícitos, lícitos ou no risco. A disciplina, no plano das *relações internas* é que deveria ser diferente de caso para caso:

1 — Respondendo o comissário por factos ilícitos, a solução satisfatória é a que é dada pelo artigo 500.º n.º 3: o comitente que tenha respondido tem direito de regresso contra o comissário, salvo existindo culpa da sua parte, caso em que se reparte a responsabilidade nos termos do artigo 497.º n.º 2.

2 — Respondendo o comissário pelos factos lícitos, justo seria que o prejuízo fosse suportado em última análise pelo comitente que é o único interessado na actividade do comissário, conforme se viu atrás.

3 — Respondendo o comissário objectivamente, razoável seria que os prejuízos fossem suportados em última análise por ambos, já que a actividade é exercida no interesse dos dois, conforme referi atrás ⁽³³⁾.

Outra interpretação possível será a de que no artigo 500.º se contemplam todas as hipóteses de responsabilidade civil do comissário, inclusive pelo risco e por factos lícitos.

Mas esta visão esbarra com dois obstáculos, quanto a mim, inultrapassáveis.

Em primeiro lugar teríamos de concluir que o legislador não soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, ao incluir a expressão «também» no n.º 3 do artigo 500.º ⁽³⁴⁾, o que, como se sabe, é solução interpretativa de último recurso (artigo 10.º n.º 3).

Para além disso teríamos ainda que corrigir a disciplina do artigo 500.º n.º 3 para os casos em que o comissário não fosse

⁽³³⁾ Págs. 99 e segs.

⁽³⁴⁾ Que como expliquei atrás (págs. 102/103) pressupõe sempre a culpa do comissário.

responsabilizado com fundamento na culpa, sob pena de se estabelecer um regime injusto e irrazoável.

Parece-me, com franqueza, que esta visão implica «ginástica» a mais para que se considere plausível.

II — Nesta divisão penso que tem ainda interesse analisar o seguinte exemplo dado por Mota Pinto no seu manual de «Teoria Geral do Direito Civil» (35). O exemplo é o seguinte: o motorista adormeceu ao volante e atropelou alguém, mas a causa da sua fadiga foram as instruções dadas pela entidade patronal para um trabalho sem o necessário repouso.

Na opinião do ilustre Professor existe nesta hipótese culpa do agente em face do lesado mas não existe culpa do agente no plano das relações internas.

Salvo o devido respeito não concordo com esta explicação do caso.

O agente ou tem culpa ou não tem culpa. Julgo que não faz sentido dizer que uma pessoa tem culpa para certos efeitos e não a tem para outros. Ou a tem ou não a tem.

Ora, neste exemplo, o que pode é chegar-se à conclusão de que o agente não tem culpa, porque lhe aproveita uma causa de exclusão: a *coacção moral* (a entidade patronal ameaçou-o de despedimento se não fizesse o serviço) ou a *inexigibilidade* (36), se se admitir esta figura.

Nesta hipótese o comissário não é chamado à responsabilidade porque não recai sobre ele obrigação de indemnização.

Mas a empresa, essa será responsável, mas por aplicação directa do artigo 483.º. Estamos perante a figura da *autoria mediata* (37).

(35) Teoria Geral do Direito Civil, pág. 323.

(36) Sobre a admissibilidade da *não exigibilidade* como causa de exclusão da culpa escrevem designadamente Roxin (sob o título «Culpabilidad y Responsabilidad como Categorías Sistemáticas Juridicopenales» na sua obra «Problemas Básicos de Derecho Penal»), e Eduardo Correia (em «Direito Penal»).

(37) A teoria da autoria está bastante desenvolvida ao nível do Direito Penal, onde a questão de determinar o autor de um facto criminoso é premente, uma vez que essa conclusão implica, em princípio, a detenção do indivíduo qualificado como

5. *Facto danoso praticado pelo comissário no exercício da função que lhe foi confiada*

I — Na doutrina e na jurisprudência de vários países, muito se discutiu a questão de saber se o comitente respondia por todos os factos praticados pelo comissário por ocasião da comissão, ou se apenas pelos factos praticados no exercício dessa comissão.

O nosso Código Civil resolve expressamente o problema ao estatuir no n.º 2 do artigo 500.º que «a responsabilidade só existe se o facto danoso for praticado pelo comissário, ainda que intencionalmente ou contra as instruções daquele, no *exercício* da função que lhe foi confiada» (sublinhado meu).

Portanto o comitente não será chamado à responsabilidade nos casos em que o acto praticado pelo comissário não tenha determinado *nexo causal* com a comissão.

O problema está em determinar quando se verifica esse nexo, essa conexão entre o facto praticado e a comissão.

Da leitura do preceito resulta forçoso concluir que, para que o comitente responda, não basta que o facto tenha mera conexão temporal ou local com a função. É necessário que o facto seja praticado no exercício da função, isto é, sem sair para fora dela. Mas basta que o acto se integre no *quadro geral da competência* do comissário, para que se considere ser praticado no exercício

tal. Naturalmente tais ensinamentos são úteis e aproveitáveis para a teoria da responsabilidade civil.

Várias teorias têm sido defendidas pela doutrina para a definição de *autor*, mas aquela que está actualmente mais divulgada (cfr. Sammarco, «Il Concetto di Autore e di Partecipe del Reato nella Piu Recente Dottrina Tedesca») é a teoria do domínio do facto. Segundo esta teoria é autor a pessoa que tem nas suas mãos o domínio do processo causal, no sentido de que o pode impulsionar ou sustentar a qualquer momento.

Esta posição permite configurar a figura da autoria mediata, ou seja, a execução por intermédio de outrem (que actua em erro ou sob coacção, fundamentalmente), que é utilizado pelo *autor mediato*. É típico o caso do indivíduo que pede a outrem que espete uma forquilha no monte de feno, sabendo que um inimigo seu se encontra deitado por baixo, para que o segundo, sem o saber, o mate. O primeiro é neste caso o autor mediato e o verdadeiro responsável pelo facto. O segundo é um mero autor material, ao qual aproveita uma causa de exclusão da responsabilidade (nesta hipótese, o erro).

da função que lhe foi confiada. Neste sentido aponta claramente a lei, ao considerar que mesmo o facto danoso praticado intencionalmente ou contra as instruções do comitente pode sê-lo no exercício da função confiada (cfr. art. 500.º n.º 2) ⁽³⁸⁾.

Antunes Varela dá o seguinte exemplo: O empregado de uma empresa pratica um facto ilícito fora do local de trabalho e estranho ao seu serviço mas dentro do horário de trabalho ⁽³⁹⁾.

O exemplo não é contudo muito esclarecedor. Repare-se que o exemplo contempla um caso em que não existe conexão local entre o acto e a função, apenas existe conexão temporal. Pergunta-se então: o que acontece se se verificarem as duas (conexão local e temporal)?

A questão que se põe é a de saber se será possível qualificar como estranho ao serviço um facto praticado pelo comissário no local e no momento designados para a comissão? Poder-se-á dizer, ainda nesta hipótese, que o facto foi praticado *fora do exercício da função confiada*?

É certo que o ilustre Professor afirma que não basta «uma conexão meramente ocasional entre o facto e a função» ⁽⁴⁰⁾. Mas o que será isso de conexão meramente ocasional? Poderá a conexão ser qualificada de meramente ocasional ainda que o facto seja praticado no local e momento designados para a comissão? Antunes Varela parece admitir que sim, mas não dá nenhum exemplo concreto. Pelo contrário, o tratamento que indica para vários exemplos que dá parece impor a conclusão oposta ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ A expressão «no exercício da função confiada» não deve ser entendida num sentido muito estrito, sob pena de se limitar excessivamente o alcance do art. 500.º do C. Civil.

É certo que todo o facto ilícito contém em certo sentido um excesso de competência, isto é, um sair fora dela (conforme nota Vaz Serra no BMJ n.º 85, pág. 179). Mas basta «que o acto se integre no quadro geral da competência» do comissário, para que se considere ser praticado no exercício da função que lhe foi confiada. Neste sentido aponta claramente a lei ao considerar que mesmo o facto danoso, praticado intencionalmente ou contra as instruções do comitente, pode sê-lo no exercício da função confiada (cfr. art. 500.º n.º 2).

⁽³⁹⁾ Código Civil Anotado, pág. 441.

⁽⁴⁰⁾ Código Civil Anotado, pág. 442.

⁽⁴¹⁾ Ver pág. 442 do Código Civil Anotado.

Para fixar o conceito de conexão suficiente (por oposição a «conexão ocasional», que é insuficiente), Antunes Varela introduz então a ideia de *adequação*: o comitente só responde pelos factos ilícitos cometidos pelo seu comissário, ainda que praticados intencionalmente ou contra instruções recebidas, desde que a comissão seja causa adequada, ou idónea, dessas ocorrências (isto é, desde que essas consequências sejam consequência previsível do exercício da função. ⁽⁴²⁾).

Parece-me que esta ideia é harmonizável com o digesto do artigo 500.º n.º 2 e conduz a uma solução mais justa, além de estar na linha do conceito de *causalidade* proposto pela nossa lei para a responsabilidade civil (artigo 563.º do Código Civil). Contudo, o que me parece é que esta ideia levará a não responsabilizar o comitente em pelo menos alguns dos exemplos citados por Antunes Varela ⁽⁴³⁾.

Analise-se o seguinte exemplo dado por Antunes Varela («Código Civil Anotado», pág. 441; «Direito das Obrigações», pág. 534, nota 2). A empresa manda um operário reparar a avaria da instalação eléctrica a casa do cliente. Na execução da reparação este causa danos ao cliente. Por estes danos deve a empresa responder objectivamente, ainda que eles tenham sido praticados intencionalmente.

Parece-me que esta responsabilização da empresa é excessivamente ampla. É certo que a lei estabelece a responsabilidade do comitente por actos danosos praticados pelo comissário ainda que intencionalmente (cfr. art. 500.º n.º 2). Mas julgo que nem todos os actos danosos praticados intencionalmente pelo comissário no local e tempo da função confiada devem ser fonte de responsabilidade do comitente. Deve entender-se que a referên-

⁽⁴²⁾ Código Civil Anotado, pág. 442. No direito alemão já esta tese era defendida por Heck.

⁽⁴³⁾ Repare-se que esta ideia de *adequação* é bem distinta da ideia de equivalência das condições. Esta última perspectiva levaria a impor a responsabilidade ao comitente pelos prejuízos causados pelo comissário sempre que esses prejuízos não se tivessem verificado sem a comissão. Pela ideia de adequação isto não é suficiente para que o comitente seja chamado à responsabilidade, é ainda necessário que o acto do comissário seja previsível no quadro da função.

cia aos actos danosos praticados intencionalmente pelo comissário no exercício da sua função se reporta apenas aqueles que sejam previsíveis, dadas as regras da experiência e as circunstâncias conhecidas ou cognoscíveis pelo comitente, no quadro geral da função (teoria da causalidade adequada).

Assim, se o operário causar intencionalmente ofensas corporais ao cliente de que é inimigo, servindo-se da instalação eléctrica, julgo que será excessivo responsabilizar o comitente por esse facto. Tal facto não é de prever, dadas as regras da experiência, no quadro da função. Julgo que falta o nexo de causalidade (adequada) entre a função e o facto.

Analisado o exemplo por outra perspectiva, dir-se-á que há aqui um manifesto abuso de funções. Ora alguns autores admitem que o abuso de funções exclui a responsabilidade do comitente (cfr. BMJ n.º 85, pág. 143). É certo que à face da nossa lei esta opinião não é defensável na sua ideia mais extrema, já que o artigo 500.º estabelece a responsabilidade do comitente por factos praticados pelo comissário em abuso de funções (intencionalmente ou contra as instruções recebidas — art. 500.º n.º 2). Mas *se esse abuso for manifesto* não me repugna excluir a responsabilidade do comitente, com apoio no espírito do artigo 334.º

Igualmente parece faltar nexo de causalidade adequada entre a função e o facto no seguinte exemplo dado por Antunes Varela no «Código Civil Anotado», pág. 442: *A*, incumbido de celebrar um negócio com *C*, aproveita a oportunidade para lhe furtar a carteira.

Haverá contudo casos em que havendo abuso de funções por parte do comissário se justifica a responsabilidade do comitente, por ser previsível o facto no quadro geral da função. É o caso paradigmático do empregado do banco que se serve das suas funções para burlar o cliente. O banco comitente (neste caso mais propriamente tratar-se-á de uma pessoa colectiva, entidade que em matéria de responsabilidade civil, está subordinada à disciplina do artigo 500.º por força do disposto no artigo 165.º) responde pelos prejuízos causados pelo empregado, já que o facto danoso se apresenta como previsível *no quadro das funções* por este desempenhadas. Existe nexo de adequação entre a função e o facto danoso.

É claro que esta noção de adequação é um conceito aberto, que impõe ao julgador que faça apelo a um fino senso na sua aplicação, aliás como acontece a nível da problemática geral da responsabilidade civil (art. 563.º do Código Civil).

De notar que Antunes Varela no seu manual «Das Obrigações em Geral» (mais recente que a anotação ao Código Civil) já não faz referência à expressão «adequação» antes prefere a fórmula «quadro geral da competência do comissário». Antunes Varela perspectiva o fenómeno de maneira nova: a *quebra do nexo de funcionalidade*.

A ideia é contudo a mesma: fora do «quadro geral da competência do comissário» o facto não é previsível, pelo que o comitente não pode ser responsabilizado pelos prejuízos resultantes desse facto ⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾.

Não deixa contudo de ser curioso analisar o exemplo que Antunes Varela cita na citada obra para ilustrar a sua ideia: um empregado desvia intencionalmente o veículo que conduz, ao serviço da empresa, para ferir ou matar uma pessoa. Repare-se que o autor diz que o empregado «desvia» o veículo do trajecto assinado para a comissão, quebrando assim a conexão local com a função. Resta perguntar: e se não desviasse? Antunes Varela continua a não dar nenhum exemplo em que, não se quebrando o nexo local e temporal com a comissão, o facto deva ser considerado estranho ao serviço.

II — Para concluir este ponto, julgo que terá ainda interesse referir a orientação da jurisprudência, designadamente a posição

(44) «Das Obrigações em gera» pág. 536. Na mesma linha, e à face do Direito suíço, Von Thur fala no «círculo de atribuições do empregado» (Von Thur, 48 I).

(45) A mesma fórmula utiliza Mota Pinto no seu manual de «Teoria Geral do Direito Civil», pág. 322.

Diz também Mota Pinto: «parece que será ir longe de mais responsabilizar a pessoa colectiva (Mota Pinto analisa o art. 500.º a propósito da responsabilidade das pessoas colectivas, matéria à qual se aplica o art. 500.º por força do art. 165.º, conforme atrás referi) se o acto foi intencionalmente praticado para realizar um objectivo meramente pessoal, sem conexão com os interesses da pessoa colectiva. É que, nessa hipótese, há um nexo de mera ocasionalidade entre as funções do órgão ou agente e o acto» (pág. 321).

da jurisprudência francesa sobre a questão, dado que é muito original.

Assim, na jurisprudência francesa, ao nível da Cour de Cassation ⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾ encontramos até 1978 duas correntes diversas: a corrente da *secção criminal* e a corrente da *secção cível*.

Esta última secção utilizava a teoria da causalidade adequada; designadamente o comitente só era chamado à responsabilidade pelos actos cometidos pelo comissário se este, ao praticá-los estivesse a agir no interesse do comitente e não exclusivamente no seu interesse pessoal. Nesta hipótese, entendia a secção cível, aplicando a teoria da causalidade adequada, que o facto era estranho à função, ou, por outras palavras, que a função não era causa adequada da prática do facto.

Diversamente, a secção criminal utilizava a teoria da equivalência das condições, e responsabilizava o comitente sempre que o facto ilícito fosse praticado no exercício da função. Entendia, designadamente, que existia conexão suficiente entre a função e o facto, para o efeito de responsabilizar o comitente, ainda que o facto praticado pelo comissário no exercício da sua função o fosse no seu exclusivo interesse.

A fim de regular esta oposição, as duas secções reuniram-se ⁽⁴⁸⁾ para apreciar um caso que tinha o seguinte quadro fáctico: o empregado de uma empresa, sem carta de condução e aproveitando-se da circunstância de o seu emprego lhe dar acesso às garagens da empresa, retirou de lá uma camioneta que utilizou no seu interesse pessoal e com a qual teve um acidente.

O Acórdão decidiu no sentido da não responsabilização da empresa (comitente), adoptando a teoria da causalidade adequada.

Mas, subsequentemente, a Secção Criminal da Cour de Cassation não seguiu sempre a mesma orientação.

Assim, a 18 de Julho de 1978 apreciou o seguinte caso:

Um garagista tinha confiado as chaves do carro de um cliente a um empregado para que este o devolvesse ao tal cliente. O empre-

⁽⁴⁶⁾ A última instância na hierarquia judiciária francesa.

⁽⁴⁷⁾ O texto legal francês sobre a matéria da responsabilidade do comitente é muito semelhante ao nosso, conforme análise na divisão seguinte.

⁽⁴⁸⁾ Em 9 de Março de 1960.

gado, aproveitando-se desse facto, utilizou a viatura, com a qual teve um acidente. A secção julgou o comitente não civilmente responsável por o comissário ter utilizado o veículo para fins pessoais (aplicando a teoria da causalidade adequada).

A 3 de Maio de 1979 o caso apreciado foi este:

Um empregado de uma empresa foi encarregado da entrega de determinada quantidade de fuel a um cliente. O empregado era já suspeito de desviar parte do fuel e por isso foi seguido. Apercebendo-se do facto, ele, depois de despistar o perseguidor, não foi despejar o fuel na cisterna de seu pai, como até aí fazia, mas despejou-o num curso de água provocando a poluição das águas potáveis da comarca de Chignin.

Desta vez a Secção Criminal julgou responsável o comitente por considerar o acto ilícito cometido no exercício das funções (aplicando a teoria da equivalência das condições)

A solução dada para estes dois casos é reveladora do interessante facto de a Secção Criminal ter vindo a tomar atitudes diferentes consoante o prejuízo causado pelo comissário resulte da condução de veículos ou de outro facto, aplicando a teoria da causalidade adequada no primeiro caso, e a teoria da equivalência das condições no segundo.

Repare-se, com efeito, que na hipótese discutida em 3 de Maio de 1979 o prejuízo não resulta da condução do veículo, mas do despejo do fuel.

Tal diferença de atitudes parece explicar-se por uma razão de ordem prática. É que nas hipóteses em que o prejuízo é causado por condução do veículo, não respondendo o comitente, a vítima é indemnizada pelo Fond de Garantie Automobile (49), o que não se verifica nos restantes casos. Para estes a jurisprudência da Secção Criminal da Cour de Cassation socorre-se do expediente de ampliar a responsabilidade do comitente, de forma a garantir a vítima. Essa ampliação é conseguida pela aplicação da teoria da equivalência das condições.

(49) Entre nós o Fundo de Garantia Automóvel vem previsto no D.L. n.º 522/85.

Impõe-se agora estabelecer o que se passa com a nossa própria jurisprudência.

Alguns pontos estão assentes:

1.º O comitente é chamado à responsabilidade não apenas nos casos em que o comissário pratica o acto ilícito no rigoroso cumprimento das suas funções, mas também em certos casos em que não cumpre as instruções recebidas. Esta solução é claramente imposta pela lei e podemos encontrá-la formulada v.g. no Acórdão do STJ de 19-X-76 ⁽⁵⁰⁾.

2.º Nem sempre quando o acto ilícito seja praticado pelo comissário por ocasião da função deve o comitente ser chamado à responsabilidade.

Esta ideia resulta, v.g., do Acórdão do STJ de 25-XI-75 ⁽⁵¹⁾: aí se diz que «o facto deve ser devidamente relacionado com o serviço efectuado». Ideia semelhante encontramos no Acórdão do STJ de 26-X-78, que cita a posição de Antunes Varela expressa no seu livro «Das Obrigações em Geral».

Agora o que já não se encontra é a formulação de um critério seguro e claro para determinar o grau de conexão exigível entre o acto ilícito e a função, para o efeito de chamar o comitente à responsabilidade pelos prejuízos resultantes de actos ilícitos cometidos pelo seu comissário.

O Acórdão do STJ de 19-X-76, já referido, diz que «o Estado (...) tem responsabilidade pelos excessos unicamente tornados possíveis por causa das funções confiadas a quem os praticou»⁽⁵²⁾⁽⁵³⁾. Esta fórmula parece já dar cobertura à teoria da equivalência das condições, não apela para a ideia de adequação e previsibilidade. Não existe, pois, aplicação de critério uniforme.

⁽⁵⁰⁾ BMJ 260, 155.

⁽⁵¹⁾ BMJ 241, 167.

⁽⁵²⁾ Revista de Legislação e de Jurisprudência, n.º 3605, págs. 308 e segs.

⁽⁵³⁾ Refere-se o Acórdão a um caso de responsabilidade civil objectiva do Estado por actos de gestão privada. O regime destes casos é, como se sabe, o do art. 500.º por remissão do art. 501.º do C. Civil.

6. *Breve perspectiva do regime em alguns países estrangeiros*

Sem a preocupação de um exame exaustivo de natureza comparatista, julgo que será útil, ao concluir este pequeno trabalho, fazer uma pequena digressão pelo regime estabelecido em matéria de responsabilidade do comitente em alguns Direitos europeus.

I — FRANÇA

Em França a matéria da responsabilidade civil do comitente vem regulada no artigo 1384 do Code Civil que trata da responsabilidade civil por facto de outrem e por danos causados por coisas à guarda do responsável.

Este artigo começa por estabelecer, no seu primeiro parágrafo, que: «é-se responsável não somente pelo prejuízo que se causa por facto próprio, mas ainda pelo prejuízo que é causado pelo facto das pessoas pelas quais se deve responder ou pelas coisas que se têm sob guarda». No parágrafo 5.º estabelece-se que os mestres e comitentes («maitres et commetants») são responsáveis pelos danos causados pelos seus domésticos e prepostos («domestiques et preposés») nas funções em que os empregaram.

Tradicionalmente a responsabilidade do comitente baseia-se numa *presunção de culpa*, contudo alguns autores franceses defendem tratar-se de *responsabilidade objectiva*, com fundamento no proveito que o comitente retira da utilização do comissário. A Court de Cassation tem seguido a primeira perspectiva.

Exige-se um nexo de subordinação que permita ao comitente dar ordens e instruções ao comissário. A liberdade de escolha não é requisito essencial para que haja comissão: pode haver comitente e preposto apesar de este não ser escolhido por aquele, desde que exista relação de autoridade e subordinação.

A natureza dependente ou independente do trabalho serve, pois, para esclarecer se o beneficiário dos serviços responde ou não pelos factos daqueles que emprega. A determinação do carácter dependente ou independente do trabalho faz-se atendendo ao conjunto de circunstâncias de cada caso: condições pecuniárias,

estipulação do contrato e prática seguida quanto à direcção e vigilância, recrutamento e pagamento dos ajudantes, etc.⁽⁵⁴⁾.

É necessário que o facto danoso seja praticado pelo preposto no exercício da função que lhe foi confiada ⁽⁵⁵⁾.

O comitente é responsável acessório, pelo que tem direito de regresso contra o comissário.

II — ITÁLIA

Em Itália a responsabilidade do comitente vem prevista no artigo 2049 (do Codice Civile), cujo texto é o seguinte:

«Os patrões e os comitentes são responsáveis pelos danos causados pelo facto ilícito dos seus criados e comitados no exercício das incumbências em que são empregados».

Trata-se de uma responsabilidade objectiva, independente de culpa ⁽⁵⁶⁾, assente na ideia expressa pelo brocardo «ubi commodum, ib incommodum».

Exige-se, também, a subordinação do *comitado* ao comitente ⁽⁵⁷⁾ e que o facto seja praticado no exercício das incumbências em que foi empregado ⁽⁵⁸⁾, pois fora deste campo não existe nexó causal em relação aos patrões ou comitentes ⁽⁵⁹⁾.

Note-se que o facto do comitado tem de ser ilícito, excluindo-se assim a responsabilidade objectiva do comitente nos casos em que o comissário incorrer em responsabilidade independente de culpa.

O comitente tem direito de regresso contra o comissário (art. 2055).

⁽⁵⁴⁾ Neste ponto levanta-se a questão equacionada para o Direito português nas páginas 92 e segs. neste trabalho.

⁽⁵⁵⁾ Sobre este ponto ver o que se disse atrás, páginas 106 e segs.

⁽⁵⁶⁾ O mesmo acontece relativamente aos devedores, pelos actos dos seus auxiliares (art. 1228).

⁽⁵⁷⁾ Sobre este ponto é interessante o estudo de Scognomiglio, «Considerazioni sulla Responsabilità del Padroni e Committenti», citado na Bibliografia.

⁽⁵⁸⁾ Veja-se a semelhança desta fórmula com as fórmulas paralelas do texto francês.

⁽⁵⁹⁾ Neste sentido De Cupis, «Dell Fatti Illiciti», págs. 315 a 318.

III — ALEMANHA FEDERAL

Na RFA é o § 831 do BGB que prevê a responsabilidade do comitente. É o seguinte o preceito do parágrafo:

«Quem designa outrem para um assunto fica obrigado a indemnizar o dano que esse indivíduo cause antijuridicamente a um terceiro na execução do assunto. A obrigação de indemnização não terá lugar se o senhor do negócio observar os cuidados exigíveis no tráfico, seja na escolha da pessoa designada, seja na facilitação dos instrumentos e utensílios, seja na fiscalização da execução da operação; ou também se o dano se tivesse produzido ainda que houvessem sido observados os ditos cuidados».

Resulta do texto que a responsabilidade do comitente não é uma responsabilidade objectiva mas uma responsabilidade dependente de culpa.

Há de haver culpa do comitente na escolha do comissário, nas instruções que lhe são dadas, na fiscalização da sua actividade, e no fornecimento dos instrumentos necessários à realização da sua função ⁽⁶⁰⁾. Simplesmente a culpa do comitente *presume-se*, pelo que sobre este recai o ónus de provar que esta não existe, demonstrando que actuou diligentemente.

O comitente não responde também se provar que, ainda que houvesse agido diligentemente, os danos se teriam igualmente produzido. Trata-se da chamada relevância negativa da causa virtual. Nesta hipótese o comitente não consegue provar a ausência de culpa, pelo que a causa real, efectiva e operante do dano é a culpa deste. Contudo este pode eximir-se da responsabilidade demonstrando que, mesmo que não houvesse actuado culposamente, o dano se teria mesmo assim produzido por força de um certo factio (que constitui causa virtual, conjectural ou hipotética do dano). A causa virtual tem pois relevância negativa, no sentido em que releva para efeito de excluir a responsabilidade ⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ Ver págs. 87/90 neste trabalho.

⁽⁶¹⁾ A *relevância negativa da causa virtual* compensa o maior rigor do regime, já que em geral não se presume a culpa do responsável.

Exige-se ainda a existência de uma relação de subordinação entre o comitente e o preposto, e que o acto (antijurídico ⁽⁶²⁾) seja praticado na execução do assunto e não simplesmente por ocasião dele.

O comitente tem direito de regresso contra o comissário (§ 840).

IV — SUÍÇA

É semelhante à alemã a directriz do Código Civil suíço. O artigo 55 deste diploma dispõe que «o empresário é responsável pelo dano causado pelos seus comitados, empregados e operários, na realização do seu trabalho, se não prova que tomou todos os cuidados exigidos pelas circunstâncias para evitar um dano deste género ou que a sua diligência não teria impedido a produção do dano».

Verifica-se pois que não se trata de responsabilidade objectiva mas de responsabilidade por factos ilícitos, responsabilidade que pode ser excluída pela prova de ausência de culpa (já que opera uma presunção de culpa). Contudo a jurisprudência é extremamente exigente neste ponto.

A exclusão da responsabilidade também se pode verificar pela demonstração de que os prejuízos se teriam verificado ainda que o comitente (empresário) houvesse actuado diligentemente (relevância negativa da causa virtual) ⁽⁶³⁾.

Exige-se também uma relação de sujeição pessoal, no sentido de que o empregado há-de estar sujeito a ordens e providências do empresário.

Finalmente não é igualmente suficiente que o facto danoso praticado pelo preposto o seja simplesmente por ocasião dos seus serviços, exigindo-se que o seja no exercício destes ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶²⁾ Parece assim que há que concluir que só opera a presunção de culpa do comitente nos casos em que o comissário incorre em responsabilidade por factos ilícitos (antijurídicos).

⁽⁶³⁾ Assim acontece também no direito alemão, como vimos.

⁽⁶⁴⁾ Von Thur acentua claramente esta ideia.

V — ESPANHA

A responsabilidade civil do comitente vem regulada no Código Civil espanhol no artigo 1903 a propósito da responsabilidade por facto de terceiro ⁽⁶⁵⁾. Deste artigo destaco os seguintes parágrafos:

«A obrigação imposta pelo artigo anterior (trata-se da obrigação de indemnização) é exigível não só por actos ou omissões próprios, mas também pelos que sejam praticados pelas pessoas por quem se deve responder (1.º parágrafo)».

«São igualmente responsáveis os donos ou directores de um estabelecimento ou empresa pelos prejuízos causados pelos seus dependentes na execução das funções em que os empregaram ou por ocasião das suas funções (4.º parágrafo)».

«A responsabilidade de que trata este artigo cessará quando as pessoas mencionadas provarem que empregaram toda a diligência de um bom pai de família para prevenir o dano (7.º parágrafo)».

Como se vê trata-se de um caso de responsabilidade por factos ilícitos, em que existe uma presunção de culpa do comitente (cfr. 7.º parágrafo).

Exige-se que entre o comitente e o comitado exista uma relação de dependência (a lei espanhola chama mesmo «dependentes» aos comissários).

Contudo, ao contrário do que sucede com a generalidade das legislações que referi, não se exige que o facto seja praticado no exercício da função confiada, bastando que o seja por ocasião dela. A solução terá talvez a vantagem de dispensar indagação, muitas vezes difícil, no sentido de determinar se o facto danoso deve ser considerado praticado no exercício da função ou apenas por ocasião dela. Contudo esta solução sacrifica a justiça e a razoabilidade, já que não se me afigura justo e razoá-

(65) Como se viu, a mesma técnica foi seguida pelo legislador francês.

vel que se agrave a situação do comitente ⁽⁶⁶⁾ se o facto não foi praticado no exercício de uma actividade em que este tenha interesse mas apenas mantenha com ela um simples nexo de occasionalidade.

⁽⁶⁶⁾ Muito embora aqui não se trate de uma responsabilidade objectiva mas de uma mera presunção de culpa, é contudo indiscutível o agravamento da posição do comitente já que sobre este passa a cair o ónus de demonstrar que não agiu culposamente, ao contrário do que é regra geral.

BIBLIOGRAFIA

- Alarcão, Rui de. «Direito das Obrigações», Lições policopiadas. Coimbra. 1983.
- Andrade, Manuel de. «Teoria Geral da Relação Jurídica». Livraria Almedina. Coimbra. 1980.
- Bastos, Rodrigues. «Direito das Obrigações».
- Beleza, Teresa. «Direito Penal». Associação Académica da F.D.L.. 1980.
- Cordeiro, Menezes. «Direito das Obrigações».
- Correia, Eduardo. «Direito Criminal». Livraria Almedina. Coimbra. 1971.
- Costa, M. J. de Almeida. «Direito das Obrigações». Coimbra Editora. 4.ª edição. 1984.
- De Cupis, «Dell Fatti Illicit».
- Enneccerus. Kipp. Wolff. «Tratado de Derecho Civil». Madrid.
- Fernandes, A. Monteiro. «Direito do Trabalho». Livraria Almedina. 3.ª edição. 1979.
- Ferreira, Manuel Cavaleiro de. «Direito Penal Português». Verbo. 1981.
- Hedemann. «Tratado de Derecho Civil». Vol. III (Derecho de Obligaciones). Madrid.
- Jorge, Fernando Pessoa. «Direito das Obrigações». Associação Académica da F.D.L. 1973.
- Marcelino, Américo. «Acidentes de Viação e Responsabilidade Civil». Livraria Petrony. 1984.
- Martins, Herlandes e Neto, Abílio. «Código Civil Anotado». Livraria Petrony. 3.º edição. 1980.
- Mendes, Castro. «Teoria Geral do Direito Civil». Associação Académica da F.D.L. 1978.
- Ordig, E. Gimbernat. «Autor y Cumplice en Derecho Penal». Universidad Madrid. 1966.
- Pinto, C. A. Mota. «Teoria Geral do Direito Civil». Coimbra Editora. 3.ª edição. 1985.
- Roxin, C.. «Culpabilidad y Responsabilidad como Categorías Sistemáticas Juridicoponales» in «Problemas Básicos de Derecho Penal». Reus SA. Madrid. 1976.
- Sá, Cunha de. «Abuso do Direito».
- Sammarco. «Il Concetto di Autore e di Partecipe del Reato nelle piu Recente Dottrina Tedesca».
- Scognomiglio. «Considerazioni sulla Responsabilità dei Padroni e Committenti» in «Studi in Memoria di Tullio Ascarelli». Milano. 1969. Vol. IV.
- Serra, Vaz. «Abuso do Direito (em Matéria de Responsabilidade Civil)» in BMJ n.º 85, págs. 243 e segs.
- «Responsabilidade Contratual e Extracontratual» in BMJ n.º 85.
- «Responsabilidade Civil do Estado e dos seus Órgãos ou Agentes» in BMJ n.º 85.
- «Fundamento da Responsabilidade Civil (em Especial Responsabilidade por Acidentes de Viação e por Intervenções Lícitas)» in BMJ n.º 90.
- Telles, I. Galvão. «Direito das Obrigações». 4.ª edição. 1982.
- Varela, J. Antunes. «Das Obrigações em Geral». Livraria Almedina. 1980. 3.ª edição.
- «Código Civil Anotado». Coimbra Editora. 2.º edição revista e actualizada. 1979.
- Veiga, Mota. «Direito do Trabalho e da Segurança Social». Lições policopiadas. Universidade Livre. 1980.