

ENZO ROPPO

O CONTRATO

Tradução de:

*Ana Coimbra e
M. Januário C. Gomes*


ALMEDINA

O contrato pode, pois, ser rescindível se uma parte o concluiu quando se encontrava em estado de necessidade (o que não significa, necessariamente, indigência, mas pode concretizar-se, também na imprevista necessidade de dispor de dinheiro líquido ou então de procurar grandes quantidades de uma certa mercadoria, etc.). É, porém, preciso que a outra parte tenha «aproveitado para tirar vantagem» deste estado, e que um tal aproveitamento se tenha concretizado em impor à parte necessitada um conteúdo contratual que determine uma gravíssima desproporção entre prestação e contraprestação (chamada «lesão»): mais precisamente, a lesão deve ultrapassar «a metade do valor que a prestação cumprida ou prometida pela parte prejudicada tinha na altura do contrato». Exemplos: tendo urgente necessidade de dinheiro, vendo por 6 milhões uma jóia que vale, pelo menos 15; tendo eu absoluta necessidade de ir à Sardenha no barco que parte esta noite, mas não havendo lugares, um passageiro cede-me o seu bilhete, mas a preço três vezes superior ao normal. Aqui, diferentemente da hipótese precedente, a avaliação da gravidade do desequilíbrio não é enviado ao juiz, mas é fixada preventivamente pelo legislador, com a indicação de um critério objectivo de medida. É a figura da *rescisão por lesão* (art. 1448.º Cód. Civ.).

O instituto da rescisão não tutela, imediatamente, o interesse público ou as exigências gerais da colectividade: protege, directamente, os interesses de uma parte do contrato contra a outra parte, que se aproveitou, injustamente, da sua situação de particular fraqueza. Neste sentido, se pode aproximar da anulação, com a qual regista significativas analogias de disciplina, mas, por outra parte, com algumas diferenças. Assim, a acção de rescisão pode ser exercida só pela parte que contratou em posição de fraqueza e, por isso, sofreu dano. Prescreve no prazo de um ano (mas com ela prescreve também a excepção, diferentemente do que acontece na anulação: art. 1449.º Cód. Civ.). Diferentemente do contrato anulável, o contrato rescindível não pode ser confirmado (art. 1451.º Cód. Civ.); mas a rescisão pode ser evitada, se o contraente contra o qual ela é pedida (aquele que se aprovei-

tu injustamente) oferecer «uma modificação do contrato suficiente para reconduzi-lo à equidade» (art. 1450.º Cód. Civ.): quem, aproveitando-se da necessidade de outro, lhe comprou uma jóia por 6 milhões quando valia 15, pode evitar a rescisão e manter firme a sua aquisição, se tomar a iniciativa de oferecer à parte contrária uma integração de preço de 9 milhões. Entre as partes, a rescisão destrói os efeitos do contrato, eliminando as transferências de riqueza que este implicava; mas se o contrato é rescindido, porque concluído enquanto uma parte se encontrava em estado de perigo, «o juiz... pode, segundo as circunstâncias, atribuir uma compensação equitativa à outra pelo já prestado» (art. 1447.º, 2 Cód. Civ.). Em relação a terceiros (art. 1452.º Cód. Civ.), a rescisão, diferentemente da anulação, não prejudica os direitos adquiridos, salvas as especiais previsões, em matéria de registo (cfr. o art. 2652.º n. 1 Cód. Civ.).

3. A EXECUÇÃO DO CONTRATO, O RISCO DAS CIRCUNSTÂNCIAS SUPERVENIENTES E O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE POR NÃO CUMPRIMENTO CONTRATUAL

3.1. Posição do problema

A anulação e a rescisão são os remédios que a lei concede quando, em sede de formação do contrato, surgem circunstâncias tais que perturbam gravemente o juízo de conveniência e, portanto, os processos de decisão que estão na base da determinação de concluir o negócio, em consequência do que o próprio negócio resulta, ou pode resultar, para o contraente atingido por essas circunstâncias, privado, desde o início, de racionalidade económica. Não parece justo, nem oportuno — do ponto de vista do bom funcionamento do mercado e do sistema das trocas, como também do da justiça substancial — pretender do contraente a execução de um contrato que ele tenha concluído, estando privado da necessária

atitude fisiopsíquica para gerir adequadamente os próprios interesses, ou por efeito de falsos conhecimentos sobre elementos essenciais do negócio, ou porque enganado ou ameaçado, ou, enfim, porque levado por uma situação de perigo ou de necessidade: permite-se-lhe, então, desligar-se dos vínculos contratuais.

Uma ordem de problemas, em muitos sentidos análoga, coloca-se quando a racionalidade económica da operação, ou a funcionalidade do contrato, resultam perturbadas ou até prejudicadas para um dos contraentes, por circunstâncias não contemporâneas — como nos casos precedentes — à formação do contrato, mas surgidas posteriormente. Depois da conclusão do negócio, na fase em que se trata de lhe dar efectiva execução, podem, na verdade, verificar-se acontecimentos novos da mais variada natureza, que revolucionem o programa contratual de uma das partes, impedindo-as de tirar da operação as vantagens esperadas ou, até transformando-a numa fonte de prejuízos. Consideremos os seguintes exemplos: 1) A, titular de uma indústria de móveis, contrata com B, industrial químico, o fornecimento de uma quantidade de verniz para utilizar na própria empresa; mas a execução do fornecimento torna-se impossível porque um decreto, posterior à conclusão do contrato, veio proibir a produção e a venda daquele tipo de verniz, do qual se descobriu a toxicidade; 2) B não está em condições de fornecer a A a quantidade de verniz prometida, porque uma greve dos trabalhadores químicos, decretada depois da conclusão do contrato, paraliza a sua empresa, bloqueando completamente a produção; 3) Suponhamos que B é uma empresa alemã, e que o pagamento do verniz de A a B foi combinado em marcos: depois da conclusão do contrato, e antes do pagamento, a lira é fortemente desvalorizada em relação ao marco, de modo que A seria obrigado a desembolsar uma soma muito superior à prevista, no momento da conclusão do negócio; 4) A pensava utilizar o verniz encomendado, para produzir um certo tipo de móvel que, porém, uma sondagem de mercado feita depois da conclusão do contrato de fornecimento revela ser detestado pelo público, decidindo-se, portanto, parar a produção; A encontra-se na situação de ter

adquirido grande quantidade de verniz e não saber o que fazer dele; 5) B não cumpre o fornecimento prometido a A, porque um concorrente deste último convenceu-o a vender o único stock de verniz disponível, oferecendo-lhe um preço superior. Etc.

É evidente que em todos estes casos os acontecimentos supervenientes frustram, por várias razões, e de vários modos, o programa económico de A, tornando o contrato, do seu ponto de vista, privado do sentido e das vantagens que lhe tinha atribuído no momento da sua conclusão. Põem-se, então, *dois diversos problemas* de tratamento da relação e de identificação das suas consequências jurídico-económicas. O primeiro é decidir se, não obstante tudo isto, o contrato deve manter-se nos mesmos termos, sendo A, por isso, obrigado a cumprir regularmente a prestação a que, por sua parte, se tinha comprometido (em concreto: pagar o verniz ao preço e segundo as modalidades estabelecidas), ou, então, se é possível a A eliminar os efeitos daquele contrato, desvinculando-se, assim, dos compromissos assumidos. O segundo problema, conexo com o primeiro, mas deste bem distinto, consiste em saber se A pode, atendendo às circunstâncias que frustraram os seus planos económicos e que lhe causaram danos patrimoniais, fazer declarar em julgamento B como responsável destes danos e exigir deste a respectiva indemnização.

A resposta a estas duas questões (que constitui matéria das páginas seguintes) depende *do modo como se considera justo e oportuno repartir entre os contraentes o risco das circunstâncias supervenientes*.

Antecipa-se já que, quando as circunstâncias supervenientes e as perturbações da economia do contrato por elas determinadas são de molde a justificar que o contraente atingido seja desvinculado dos compromissos contratuais, o remédio previsto pela lei para a sua tutela é a possibilidade — que só a ele pertence — de pedir ao juiz a *resolução* do contrato.

Decretada a resolução, ambas as partes são livres dos próprios compromissos, os efeitos do contrato são eliminados. *Entre as partes, a resolução tem, em regra, efeito retroactivo* (obrigação de restituir as prestações já realizadas), «salvo o

caso de contratos de execução continuada ou periódica, nos quais o efeito da resolução não se estende às prestações já efectuadas» (art. 1458.º, 1, Cód. Civ.): se se resolve um contrato de locação, não faz sentido que o locador deva restituir ao locatário as rendas pagas por este no período em que teve o gozo da coisa; se se resolve um contrato de trabalho, não é pensável que o trabalhador seja obrigado a restituir ao dador de trabalho os salários ou as remunerações recebidas, enquanto contrapartida das prestações de trabalho que, até àquele momento, efectivou. Por razões de tutela da confiança de terceiros e da segurança do tráfico «a resolução... não prejudica os direitos adquiridos por terceiros, salvo os efeitos do registo da acção de resolução» (art. 1458.º c. 2 Cód. Civ.).

3.2. *A resolução do contrato: impossibilidade superveniente, excessiva onerosidade, não cumprimento*

A resolução do contrato, em geral, pode acontecer por três causas: quando a prestação devida por uma parte se torna impossível, quando a prestação devida por uma parte se torna excessivamente onerosa e quando a prestação devida por um dos contraentes não foi (exactamente) cumprida.

3.2.1. Quando, numa relação de débito-crédito, a prestação devida pelo devedor se torna impossível por uma causa não imputável ao próprio devedor, a obrigação extingue-se: o devedor é desonerado, não deve mais nada, e o credor não pode pretender mais nada dele (art. 1256.º, 1, Cód. Civ.). A regra não se aplica, porém, se a impossibilidade se verifica depois de o devedor, tendo atrasado a prestação para além do prazo fixado para o cumprimento, se constituiu em mora (art. 1219.º Cód. Civ.). Neste caso, na verdade, o risco da impossibilidade superveniente é tendencialmente transferido para ele, por força da lei: o devedor «não fica exonerado se não provar que o objecto da prestação se teria igualmente perdido ou deteriorado junto do credor» (art. 1221.º Cód. Civ.).

Vejam agora quais as consequências que a impossibilidade liberatória produz, quando a prestação tornada impossível foi acordada contratualmente, estando, neste quadro, ligada, numa relação de troca, a uma contraprestação, de modo que o devedor, liberto de qualquer vínculo em relação ao seu credor, é, ao mesmo tempo, credor deste último, interessado, por sua vez, em obter a seu favor uma dada prestação. As consequências são indicadas, com precisão, pelo art. 1463.º Cód. Civ.: «nos contratos com prestações recíprocas, a parte desonerada pela impossibilidade superveniente da prestação devida, não pode exigir a contraprestação, devendo restituir o que já tiver recebido». O que se exprime sinteticamente, dizendo que o contrato se resolve, uma vez que são exactamente estes, como sabemos, os efeitos da resolução. Trata-se de consequências intuitivas: se falta um dos termos da troca (ainda que por causas de força maior, sem que algum dos contraentes tenha culpa) falta a própria operação económica, o contrato perde a sua funcionalidade e a sua própria razão de ser, sendo, por tal razão, extinto.

O problema consiste sobretudo em identificar como se deve entender o requisito da «impossibilidade» de prestar e ainda o da sua «não imputabilidade» ao devedor. Seguramente tem carácter liberatório (dando lugar ao tipo de resolução de que agora falamos) uma *impossibilidade física, material e por isso absoluta*: por exemplo, A cede em locação a B um seu apartamento, mas, antes de este o ocupar, o apartamento é destruído por um incêndio. Com igual segurança se devem negar as características da impossibilidade liberatória a *puras e simples dificuldades* surgidas, que tornam mais gravoso o cumprimento da prestação acordada, como no caso em que A se compromete a efectuar um transporte em estrada, desde Milão a Salsburgo, e, no momento da execução, o desfiladeiro do Brennero — que permite o itinerário mais curto, e que o condutor tinha pensado utilizar — é bloqueado: o transporte pode ser efectuado passando por Tarvisio, apesar de, deste modo, ser um pouco mais longo e mais custoso para o condutor (em casos como este poderiam, eventualmente, verificar-se os

requisitos da excessiva onerosidade, que não os da impossibilidade superveniente).

Entre estes dois extremos existem hipóteses que não são, simplesmente, de maior dificuldade da prestação e, todavia, não chegam a integrar uma verdadeira e própria impossibilidade material e absoluta de cumprir. Hipóteses deste género encontram-se nas previsões dos arts. 1256.º e 1463.º Cód. Civ.: é que a «impossibilidade» de que falam estas normas não deve ser compreendida no significado extremo e absurdamente rígido de absoluta impossibilidade física, mas num sentido mais razoável e elástico: é com base neste que deve afirmar-se uma *impossibilidade liberatória*, sempre que as circunstâncias posteriores, embora não impedindo, em sentido absoluto, a prestação, incidem nesta, de tal forma que o seu cumprimento exigiria *actividades e meios não razoavelmente compatíveis com aquele tipo de relação contratual*, em termos de a transformar numa *prestação substancialmente diversa* da acordada. Pense-se no caso do transportador marítimo que se comprometa a efectuar, num certo dia, um transporte de mercadorias do continente para a Sardenha; suponhamos que, naquele dia, as condições do mar são totalmente proibitivas que impedem todas as embarcações de deixar o porto: em rigor, a prestação não seria absolutamente impossível, porque o transporte sempre poderia ser efectuado por via aérea, mas compreende-se que seria absurdo exigir do transportador marítimo encarregar-se de organizar uma prestação tão radicalmente diversa daquela para que estava preparado. É, por isso, claro que a impossibilidade de que nos ocupamos, não é um conceito rígido e absoluto, mas é, ao invés, bastante *elástico e variável, relativamente ao tipo de prestação*, e portanto, de operação económica de que se trata em concreto.

O mesmo se diga em relação ao elemento da *imputabilidade ou não imputabilidade ao devedor* da causa que torna impossível a prestação. As vezes, para determinados tipos de relação contratual, deverá considerar-se imputável ao devedor todo o acontecimento que, de qualquer modo, entre na sua esfera de influência, de controlo, de organização, circunscrevendo-se a impossibilidade liberatória às hipóteses em que

esta depende de causas totalmente estranhas a tal esfera (dir-se-á, então, que o critério é o da *impossibilidade objectiva*); outras vezes, em relações e negócios de tipo diverso, poder-se-á imputar ao devedor, só aquela impossibilidade posterior que, além de manifestar-se na economia interna do próprio devedor, seja, em concreto, determinada por uma sua negligência, distração ou imperícia, isto é, seja atribuída a culpa sua (assim se privilegia o critério — menos rigoroso e mais benévolo para o devedor — da *impossibilidade em sentido subjectivo*).

Sobre estes problemas de definição do conceito de impossibilidades liberatória que, em larga medida, coincidem com os colocados pela questão dos critérios e dos pressupostos da responsabilidade contratual, deveremos ocupar-nos mais adiante (3.3.). Voltando à disciplina da resolução, por impossibilidade superveniente, recordamos que, por efeitos dela, o devedor da prestação tornada impossível perde, em linha de princípio, o seu direito à contraprestação (se o transporte por mar não pode efectuar-se por causa das más condições atmosféricas, o transportador marítimo fica desvinculado, mas não pode pretender receber ou deter o preço do frete estabelecido): por outras palavras, o *risco da contraprestação* está a seu cargo.

Esta regra sofre uma derrogação importante nos *contratos com efeitos reais*, que são aqueles — como sabemos — que produzem a transferência da propriedade (ou a transferência ou a constituição de um outro direito real). Trata-se de saber o que é que acontece se a coisa objecto da transferência «perece», isto é, é destruída ou então torna-se indisponível, em consequência de factos não imputáveis nem ao alienante nem ao adquirente. Por outras palavras, trata-se de estabelecer sobre quem recai o risco da perda accidental da coisa. Nenhum problema surge, naturalmente, se a coisa perece quando a operação de troca se realizou e esgotou completamente, isto é, quando a coisa passou já à propriedade do comprador e, tendo-lhe sido entregue, entrou já na sua esfera de controlo e disponibilidade material: ele deve pagar o preço mesmo que tenha perdido a coisa; o risco da perda desta está

inteiramente a seu cargo. Quando, porém, a troca ainda não se aperfeiçoou materialmente, porque a coisa é destruída antes de ser entregue ao adquirente, e sobre o alienante incide, ainda a obrigação de guardá-la e entregá-la, a solução não é, assim, intuitiva. Neste caso, a lei indica, como critério geral de assumpção do risco, o da *propriedade* do bem: o risco é suportado por aquele dos dois sujeitos da troca, que, no momento de perda, era titular do direito de propriedade sobre a coisa perdida. Se, naquele momento, a propriedade já passou para o adquirente, este suporta o risco, sendo obrigado, igualmente, a cumprir a sua contraprestação; se a propriedade não passou ainda, o risco do parecimento recai, ao invés, sobre o alienante, que não poderá pretender a contraprestação. Torna-se, então, importante relembrar os critérios, já mencionados, que permitem individualizar o momento em que se produz o efeito translativo: se o objecto da troca é uma *coisa determinada*, pelo efeito translativo do consenso o adquirente adquire a sua propriedade — e assume o seu risco — desde o momento da conclusão do contrato, ainda que a coisa não lhe seja entregue (daí a regra do art. 1465.º, 1, Cód. Civ.); se, ao invés, se trata de *coisa determinada só no género*, a sua propriedade e o risco relativo só se consideram transferidos para o adquirente quando se tenha feito a individualização por uma das formas do art. 1378.º Cód. Civ. e, por maioria de razão, quando o stock de mercadorias tiver sido entregue (daqui a regra do art. 1465.º, 3, Cód. Civ.).

Este critério («res perit domino»), justifica-se com a consideração de que o adiamento da entrega para momento posterior ao da conclusão do negócio e da individualização das mercadorias transferidas é, em regra, exigido no próprio interesse do adquirente proprietário que, por exemplo, não tem disponibilidade imediata do espaço necessário para armazenar as coisas adquiridas, ou que, por outras razões, não está pronto a recebê-las.

Regras especiais são, ainda, estabelecidas para os contratos translativos sujeitos a termo inicial (art. 1465.º, 2, Cód. Civ.) ou a condição suspensiva (art. 1465.º, 4, Cód. Civ.).

A impossibilidade superveniente pode ser só *parcial*, e, em tais casos, não há necessariamente lugar a resolução: «quando a prestação de uma parte torna-se só parcialmente impossível, a outra parte tem direito a uma redução correspondente da prestação devida, e pode também resolver o contrato quando não tenha interesse no cumprimento parcial» (art. 1464.º Cód. Civ.). Se a impossibilidade posterior for relativa à prestação de uma das partes de um contrato plurilateral, o contrato só se resolve se a prestação em falta dever considerar-se essencial, atenta a operação no seu conjunto (art. 1466.º Cód. Civ.).

3.2.2. Ilustrando o instituto da rescisão, disse-se que, em linha de princípio, um desequilíbrio de valor económico entre os dois termos da troca contratual combinados entre as partes, não justifica, de per si, uma reacção do ordenamento jurídico destinada a tutelar a parte atingida pela «injusta» proporção: este é um corolário do princípio de liberdade contratual, por força do qual o ordenamento, salvo os casos de ilicitude, não interfere no mérito das escolhas e das iniciativas económicas assumidas pelos operadores privados.

Mas é pressuposto ideológico e, ao mesmo tempo, regra de funcionamento do sistema, o princípio de que à liberdade contratual — e portanto à liberdade de procura do lucro — está ligada, de modo indissolúvel, a obrigação de pleno respeito pelos compromissos contratuais livremente assumidos, e, portanto, a assunção do risco relativo à possibilidade de a operação, de que se esperavam lucros, causar, ao invés, prejuízos. (O duplo binómio «*proveito-risco*» e «*liberdade contratual-responsabilidade contratual*» sintetiza, de modo eficaz, os princípios ordenadores de um mercado capitalista e do sistema de direito que lhe corresponde). Daqui a regra da tendencial irrelevância também dos desequilíbrios de valor económico entre prestação e contraprestação que surjam (não existam no momento da conclusão do contrato, como na hipótese de rescisão) posteriormente, por efeito de circunstâncias estranhas ao controlo das partes. Na medida em que tais desequilíbrios — e portanto o agravamento, para além das expectativas, do sacrifício patrimonial derivado para o contraente da

operação a qual não dá mais os benefícios esperados, traduzindo-se até, num passivo económico — caibam nos riscos que, ao concluir o contrato e procurando com ele o proveito, o próprio contraente assumira, é coerente com o sistema que o posterior agravamento da razão de troca seja suportado pela pessoa que o sofre: ela é, por isso, obrigada, em linha de princípio, a cumprir regularmente o contrato, ainda que este se tenha tornado mais oneroso do que o era aquando da conclusão.

Mas se tal é a regra, não faltam excepções. Existem, na verdade, situações-limite, caracterizadas pela particular gravidade do posterior desequilíbrio da economia contratual e, ao mesmo tempo, da excepcionalidade dos acontecimentos que o determinaram, em que a lei considera justo e racional intervir em favor do contraente atingido, oferecendo-lhe a possibilidade de libertar-se dos compromissos contratuais que se tornaram muito pesados: o remédio é a *resolução do contrato por excessiva onerosidade* (art. 1467.º, c. 1, Cód. Civ.).

O primeiro e óbvio pressuposto para que ela possa operar é que se trate de *contratos chamados «de duração»*, nos quais a completa execução do contrato não se siga imediatamente à sua conclusão, sendo da mesma separada por um intervalo de tempo: e, portanto, de *contratos de execução continuada ou periódica* (como um contrato de trabalho, ou uma locação, ou uma empreitada, ou um fornecimento) ou então de *contratos com execução diferida* (como uma venda de coisas genéricas, em que a individualização e a entrega são postergadas para um momento posterior, ou um transporte estabelecido para o mês subsequente ao da estipulação). A razão é clara: os dois momentos devem ser cronologicamente distanciados, porque o remédio da resolução por excessiva onerosidade tutela, em certos limites, a originária economia do contrato que seja perturbada por circunstâncias surgidas após a sua conclusão, mas antes da sua execução.

Se, na verdade, se tratasse de circunstâncias pré-existentes à conclusão do contrato, já não se poderia falar de um desequilíbrio superveniente, e o contraente prejudicado teria podido, e devido, tê-las em conta aquando da preparação e estipulação do negócio (se não o fez, porque o ignorava, poderá,

quando muito, invocar o regime do erro); se se tratasse, ao invés, de circunstâncias surgidas após a execução, elas não atingiriam um negócio que, objectivamente, se esgotou; poderiam, porventura, prejudicar os programas subjectivos e as pessoais expectativas económicas de uma ou outra parte, ulteriores em relação à objectiva função da troca, que se terá realizado regularmente: atingiriam — podemos dizer — não a causa do contrato, mas os motivos individuais do contraente, que sabemos ser irrelevantes, em regra. Tomemos o caso da compra e venda, com efeitos reais imediatos, de bens que o comprador pensa revender com lucro; depois da compra, acontecimentos extraordinários e imprevistos fazem baixar o valor de mercado daqueles bens, tornando-o irrisório face ao preço que fora pago pelos mesmos, impedindo, assim ao comprador a realização das suas expectativas de lucro: mas é evidente que este risco deve estar a seu cargo, é ele que deverá suportar as consequências de um negócio frustrado, não podendo já pretender a sua resolução. Pelas mesmas razões, é claro que também os contratos de duração não se podem resolver por excessiva onerosidade superveniente, se as circunstâncias que a determinaram ocorreram quando ambas as prestações foram completamente cumpridas, ou também quando já foi cumprida a única prestação tornada mais onerosa.

Preenchido este pressuposto, para que o remédio da resolução por excessiva onerosidade possa operar, devem verificar-se *duas condições*: uma, *externa*, atinente às circunstâncias que determinam o agravamento económico da prestação e o seu consequente desequilíbrio de valor com a contraprestação; a outra, *interna*, à substância do negócio, concernente exactamente à medida de tal agravamento e desequilíbrio.

Para a primeira, a excessiva onerosidade superveniente deve depender de *acontecimentos extraordinários e imprevisíveis*. E compreende-se: se as circunstâncias que a determinam pertencem ao ordinário curso dos acontecimentos naturais, políticos, económicos ou sociais, e podiam, por isso, ter sido previstas aquando da conclusão do negócio, não há razão para tutelar o contraente que nem sequer usou da normal prudência necessária para representar-se a possibilidade da sua ocorrência.

cia e regular-se de acordo com as mesmas na determinação do conteúdo contratual. É justo e racional que o risco das circunstâncias ordinárias e previsíveis seja suportado pelos contraentes: a lei só os protege contra as circunstâncias que representam matéria de *riscos absolutamente anómalos*, como tais subtraídos à possibilidade de razoável previsão e controlo dos operadores. Neste sentido, justifica a resolução do contrato, por exemplo, a imprevista desvalorização da moeda; não a justifica, já, o progredir de uma inflação deslizando manifestada desde há algum tempo. É coerente com este delineamento que deva tratar-se, igualmente, de acontecimentos que não se manifestem só na esfera individual de um contraente, mas operem, ao invés, com *carácter de generalidade*, mudando as condições de todo um mercado ou de todo um sector de relações. Por isto, pode ser causa de resolução o encerramento do canal de Suez, que agrave a prestação do transportador marítimo, mas não certamente a doença imprevisita do comandante do navio, que obrigue o armador a substituí-lo naquela viagem por outro que pretenda uma remuneração muito mais elevada. Uma lógica, não diversa, de justa e racional atribuição do risco inspira a outra condição; para esta, o contrato só é resolúvel se a sucessiva onerosidade exceder a *álea normal do contrato* (art. 1467.º c. 2, Cód. Civ.). É preciso que o desequilíbrio determinado entre prestação e contraprestação supere a medida que corresponde às normais oscilações de mercado dos valores trocados; se permanece dentro delas, não há razão para libertar dos seus compromissos a parte que sofre um agravamento económico que podia, muito bem, ter previsto e prevenido. A lógica, em suma, é sempre esta: cada contrato comporta, para quem o faz, riscos mais ou menos elevados; a lei tutela o contraente face aos riscos anormais, que nenhum cálculo racional económico permitiria considerar; mas deixa a seu cargo *os riscos tipicamente conexos com a operação*, que se inserem no andamento médio daquele dado mercado. É óbvio, então, que o nível de risco correspondente à «álea normal do contrato» não se pode identificar, de modo geral e abstracto, para todo o tipo de relação contratual, mas varia em relação *aos particulares tipos de*

negócio, aos particulares mercados, às particulares conjunturas económicas. Em regra, cabe ao juiz efectuar esta verificação (e, portanto, avaliar se a onerosidade surgida posteriormente no contrato submetido ao seu juízo pode considerar-se «excessiva»). As vezes é a lei que provê, indicando, com precisão, a medida (cfr., em matéria de empreitada, o art. 1664.º, 1, Cód. Civ.).

Se o fundamento do instituto do qual nos ocupamos consiste na justa e racional repartição entre os contraentes dos riscos conexos com a verificação de circunstâncias futuras, é compreensível que o remédio da resolução não deva operar para os contratos que as partes tenham inteiramente moldado sobre o risco (art. 1469.º Cód. Civ.): são os *contratos aleatórios*, onde a medida das prestações recíprocas, ou até a susceptibilidade de as obter, são confiadas, pelos contraentes, ao acaso, que cada um espera evolua em sentido favorável para si. São contratos de especulação sobre o destino: pertence à sua própria função, à sua própria causa, que com eles se possam ganhar muito, mas também perder muito, ou tudo (é o caso do seguro, do jogo, da aposta, da renda vitalícia, etc.). Aqui não há o problema da tutela contra um certo nível de risco, porque as partes anuíram em correr o máximo de risco.

Na presença de todos os requisitos que se indicaram, a parte onerada pode pedir a resolução do contrato. Não pode, porém, pretender, sem mais, da parte contrária, um suplemento de prestação que sirva para restabelecer o equilíbrio perturbado, mantendo-se o contrato: a parte contrária poderia, por sua vez, ter dificuldades em fornecer este suplemento e não seria justo impor-lho, autoritariamente. Mas a parte contrária pode, autonomamente, considerar que lhe é mais vantajoso manter a operação, restabelecendo o seu equilíbrio económico, e optando nesse sentido: «a parte contra a qual é pedida a resolução pode evitá-la declarando aceitar a modificação equitativa das condições do contrato» (art. 1467.º, 3, Cód. Civ.). A *modificação equitativa* das condições contratuais é, pois, com toda a evidência, o único remédio razoavelmente configurável para os contratos com obrigações a cargo de uma única parte (art. 1468.º Cód. Civ.). Regras espe-

ciais acerca da «redução equitativa» estão previstas para o contrato de empreitada (art. 1664.º Cód. Civ.).

Disse-se que entre as causas de resolução por excessiva onerosidade pode existir, também, a *desvalorização da moeda* (quem se vincular ao fornecimento de um stock de mercadorias, por um preço de 20 milhões, pode resolver o contrato se antes da sua execução a desvalorização reduzir substancialmente o valor da contraprestação esperada). Isto poderia parecer — mas não é — em contradição com o *princípio nominalístico* (art. 1277.º c. 1, Cód. Civ.), por força do qual as dívidas em dinheiro são pagas «com moeda que tenha curso legal no Estado» e «pelo seu valor nominal», e, portanto, independentemente de qualquer variação do seu real poder de compra.

As duas regras coordenam-se, dado que o contrato só se resolve se a desvalorização intervém — como se recordará — quando a troca ainda não se realizou, porque as coisas vendidas não passaram ainda para a propriedade do comprador; se, ao invés, a transferência da propriedade já se fez, da operação de troca resta só uma dívida em dinheiro (o pagamento do preço): não há, então, resolução, e o vendedor — credor do preço — suporta as consequências da desvalorização, de acordo com o princípio nominalístico⁽¹⁾.

Resta, finalmente, dizer que a resolução por excessiva onerosidade não pode ser invocada pelo contraente que se encontrava *em mora* (por ter atrasado o cumprimento para além do devido) no momento em que aquela se manifestou. É uma consequência do princípio geral, segundo o qual o devedor em mora suporta todos os riscos que se concretizam no período da mora (cfr. o art. 1221.º Cód. Civ.).

3.2.3. A hipótese típica da falta de funcionamento do contrato, de falta de realização da operação económica,

(1) O primeiro nominalístico sofre, num certo sentido, uma derrogação em matéria de créditos de trabalho; de acordo com o art. 429.º, 3, do Código de Processo Civil (modificado pela lei de 11/8/1983, n.º 533) «o juiz, quando pronuncia sentença de condenação no pagamento de quantias em dinheiro por créditos de trabalho, deve determinar, além dos interesses na medida legal, o maior dano eventualmente sofrido pelo trabalhador, em decorrência da diminuição de valor do seu crédito.

segundo os acordos e as expectativas das partes, é aquela em que uma das partes falta ao cumprimento regular da prestação a que está obrigada pelo contrato: o *não cumprimento*.

Quando isto se verifica, e se se trata de um contrato com prestações correspectivas, a posição do outro contraente — que por sua parte, cumpriu já, exacta e tempestivamente, a própria prestação, ou então está pronto a fazê-lo — deve ser tutelada. E a tutela é neste caso particularmente intensa. Ele pode, na verdade, escolher: ou manter o contrato e agir em juízo para obter uma sentença que condene a contraparte a cumprir, regularmente, as próprias obrigações; ou, então, se o julgar preferível, eliminar, sem mais, os efeitos do contrato, pedindo a sua resolução (art. 1453.º, 1, Cód. Civ.). A escolha dependerá do interesse que o contraente tiver em obter a prestação, mesmo depois do prazo dentro do qual a deveria ter recebido, ou do cálculo acerca das probabilidades de conseguir, efectivamente, obter da parte contrária, através da ameaça da via judicial ou da própria sentença de condenação, o cumprimento devido.

Se o contraente pediu em juízo o cumprimento, é-lhe permitido mudar de ideias posteriormente: se, no decorrer do processo, constatar não ter mais interesse na execução daquele contrato, ou que não a pode razoavelmente esperar, ele pode, na verdade, alterar o pedido para pedido de resolução; mas se tinha pedido inicialmente a resolução, não pode, seguidamente, mudar de opinião e exigir o cumprimento (art. 1453.º, 2, Cód. Civ.): isto compreende-se, porque é natural que o inadimplente demandado com um pedido destinado a extinguir os efeitos do contrato, cesse toda a eventual actividade destinada ao cumprimento, e não seria justo obrigá-lo a retomá-la; por outro lado, depois do pedido de resolução, ele não só não deve, como não pode, cumprir mais tarde a sua prestação (art. 1453.º, c. 3, Cód. Civ.).

Quer peça e obtenha o cumprimento, mesmo tardio, quer peça e obtenha a resolução do contrato, o contraente fiel tem, além disso, direito à indemnização pelos danos (art. 1453.º, c. 1, Cód. Civ.): no primeiro caso, pode pedir indemnização pelos danos sofridos em consequência do atraso na obtenção da

prestação que lhe é devida; no segundo caso, o montante da indemnização equivale aos benefícios que ele teria podido retirar da operação (e que, ao invés, se frustraram, porque — resolvido o contrato — a própria operação não se realizou), além das despesas inutilmente feitas para tal fim.

A possibilidade de resolver o contrato por não cumprimento é, em todo o caso, subordinada a uma condição: que o não cumprimento não tenha «escassa importância», atendendo ao interesse da parte que o sofre. Seria, na verdade, absurdo e injusto — e correria o risco de perturbar o bom andamento do tráfico — se cada parte fosse legitimada a desembaraçar-se do contrato, tomando por pretexto toda a mínima e insignificante inexactidão na execução da outra parte. É necessário, ao invés, que o não cumprimento invocado por quem pede a resolução, seja razoavelmente sério e grave, e prejudique, de modo objectivamente considerável, o seu interesse. A existência destes pressupostos deve ser avaliada, caso a caso, pelo juiz, com base nas circunstâncias do caso concreto e, eventualmente, atendendo também à experiência de análogas relações ocorridas, no passado, entre as mesmas partes (assim, se uma parte — no âmbito de uma relação de negócios habitual — manifestou sempre tolerância por uma certa margem de atraso ou de inexactidão qualitativa das prestações da parte contrária, isto pode constituir elemento relevante para excluir que o não cumprimento seja suficientemente grave de modo a justificar a resolução). O juiz, é chamado em suma, a operar uma *avaliação segundo a boa fé* da complexiva economia do negócio e das legítimas expectativas das partes, fundadas sobre aquela, de modo a rejeitar as pretensões com ela incongruentes, e, nesse sentido, contrastantes com o princípio da correcção que domina, também, a matéria da execução do contrato (cfr. o art. 1375.º Cód. Civ.).

A resolução por não cumprimento é, em regra decretada pelo juiz, após avaliar todas as circunstâncias e, com base nas mesmas, verificado a existência dos pressupostos estabelecidos pela lei (em particular a suficiente gravidade do não cumprimento); e as consequências da resolução, ilustradas oportunamente (art. 1458.º Cód. Civ.: cfr. 3.1.), só se produzem

por efeito da respectiva sentença. Fala-se, a este propósito, de resolução judicial. Há, porém, três hipóteses em que o contrato se resolve, por assim dizer, automaticamente, sem que para a produção dos efeitos da resolução, seja necessário esperar a sentença do juiz; em relação a estas fala-se, então, de *resolução de direito*. São as hipóteses da cláusula resolutiva expressa, do termo essencial e da intimação para cumprir.

Através da *cláusula resolutiva expressa*, que as partes podem — se o quiserem — inserir no regulamento contratual, é estabelecido que, se uma determinada obrigação contratual não for cumprida exacta e tempestivamente, o contrato será considerado resolvido (art. 1456.º, 1, Cód. Civ.). Deste modo, as partes limitam o âmbito da avaliação discricionária de que o juiz dispõe, em regra, quando verifica a gravidade do não cumprimento de uma parte, tendo em atenção o interesse da outra, e subtraem-lhe o poder de negar a resolução quando não considere o incumprimento suficientemente grave: o juízo sobre a objectiva gravidade do não cumprimento é absorvido pela avaliação que as partes fizeram preventivamente reconhecendo-o, sem mais, adequado para justificar a resolução. A cláusula deve-se, porém, referir a prestações e a modalidades de cumprimento determinadas com precisão: as partes não podem ligar a resolução a uma previsão genérica e indeterminada, do tipo «em caso de não cumprimento de qualquer obrigação resultante do presente contrato, este considera-se resolvido». Deve acrescentar-se que o contraente que sofre o não cumprimento do outro, poderia ter, igualmente, interesse em manter o contrato, apesar de a cláusula lhe dar o direito de o considerar resolvido: a lei oferece-lhe, por isso, a possibilidade de escolher, estabelecendo que «a resolução verifica-se de direito mas só «quando a parte interessada declara à outra que pretende valer-se da cláusula resolutiva» (art. 1456.º, 2, Cód. Civ.).

O contrato resolve-se de direito também pelo decurso do *termo essencial* (art. 1457.º, 2, Cód. Civ.), isto é, quando a prestação não é cumprida dentro do termo fixado pelas partes, termo para além do qual, a própria prestação não teria mais utilidade e interesse para quem a devia receber. Se A,

devendo partir a 15 de Março para uma longa viagem, encomenda um conjunto de malas para lhe serem entregues até 14, e as malas, por um atraso do fornecedor, não lhe podem ser entregues dentro daquela data, é evidente que ele perde todo o interesse em obtê-las: o contrato considera-se, então, resolvido (e A poderá pedir, naturalmente, a indemnização pelo dano). A essencialidade do termo pode ser convencionalmente expressamente pelas partes, ou então, pode resultar das objectivas circunstâncias do contrato, da sua economia. Não se pode excluir, porém, que o credor da prestação atrasada julgue conveniente recebê-la, mesmo depois do prazo do termo essencial; a lei permite-lhe exigí-la, mas — para tutela da posição do devedor, que não seria justo manter longamente num estado de incerteza — dessa sua decisão ele deve dar notícia a este último, dentro de três dias (art. 1457.º, 1, Cód. Civ.).

Se o devedor deixa passar o termo combinado para o cumprimento sem realizar a sua prestação, mas não se trata de termo essencial, o credor pode — segundo os princípios que vimos — obter a resolução do contrato pedindo ao juiz a sua declaração por sentença: e o juiz declarará-la se verificar que o atraso é suficientemente grave e prejudica, de modo apreciável, o interesse do credor (art. 1455.º Cód. Civ.). Perante um atraso desta natureza, a lei oferece, porém, ao credor a possibilidade de provocar os efeitos da resolução sem que, para tal, seja necessária a sentença de um juiz. Ele deve intimar por escrito a parte inadimplente para cumprir dentro de um prazo razoável (que, em regra, não pode ser inferior a 15 dias), acrescentando a declaração de que, decorrido inutilmente tal prazo, o contrato se considerará resolvido, sem mais. Esta intimação-declaração chama-se *intimação para cumprir*, e determina a resolução de direito do contrato se o prazo nela indicado decorrer, sem que se tenha verificado o cumprimento (art. 1454.º Cód. Civ.).

Dizer que nestas três hipóteses a resolução se verifica de direito, sem necessidade de procedimento judicial, não significa que, nas situações correspondentes, seja excluída qualquer possibilidade de controlo e avaliação pelo juiz. Se o devedor inadimplente negar, por exemplo, a validade da

cláusula resolutiva ou a essencialidade do termo, e, assim, os próprios pressupostos da resolução de direito, cabe ao juiz decidir sobre a sua existência: quando os reconhecer existentes não decreta a resolução do contrato, mas limita-se a declarar que a resolução se verificou a seu tempo, isto é, no momento em que o credor declarou querer valer-se da cláusula resolutiva, ou quando decorreram 3 dias após o prazo do termo essencial, ou quando caducou o termo indicado na intimação para cumprir. E os efeitos da resolução produzem-se a partir desse momento, e não já do momento — sucessivo — da sentença do juiz (quando, porém, se trata de resolução judicial, os efeitos produzem-se a partir da sentença).

O que agora delineámos é a disciplina geral da resolução do contrato por não cumprimento. Normas particulares, relativas a singulares tipos contratuais, podem, porém, estabelecer regras especiais que integram ou modificam aquela disciplina. Encontramos, assim, normas que fixam limites à susceptibilidade de resolução do contrato (art. 1976.º Cód. Civ.), ou que precisam os seus pressupostos a respeito do tipo de operação em causa (arts. 1578.º, 1 e 1688.º, 2, Cód. Civ.), ou estabelecem particulares modalidades para a resolução de direito (cfr., por exemplo, os arts. 1517.º, 1662.º, 1901.º, 3 e 1924.º, 2, Cód. Civ.).

Particular importância revestem, neste quadro, as normas (arts. 1492.º ss. Cód. Civ.) que regulam a *garantia pelos vícios* na compra e venda: o sistema dos meios de tutela que a lei atribui ao comprador para os casos em que a coisa por ele adquirida apresenta defeitos tais «que a tornam inidónea ao uso a que é destinada ou que diminuam de modo considerável o seu valor» (art. 1490.º Cód. Civ.). Neste caso, com efeito, o comprador «pode pedir, à sua escolha, a resolução do contrato, ou a redução do preço» (art. 1492.º, 1, Cód. Civ.): se escolhe, e obtém em juízo, a resolução, ele deve restituir a coisa, sempre que esta não tenha perecido em consequência dos vícios, enquanto que, em qualquer caso, «o vendedor deve restituir o preço e reembolsar o comprador das despesas e dos pagamentos... feitos por causa da venda» (art. 1493.º Cód. Civ.), além de, naturalmente, ter de indemnizar o dano (art.

1494.º Cód. Civ.). O exercício destas acções em defesa do comprador está, porém, em alguns casos, sujeito a breves prazos de caducidade e de prescrição (cfr. o art. 1495.º Cód. Civ.).

Mas se a compra e venda é resolúvel, para garantia do comprador, quando a coisa seu objecto se encontra afectada por vícios materiais ou funcionais, é-o também quando ela apresenta «vícios jurídicos» que impedem ao comprador adquirir, pacificamente, a sua plena propriedade: é o que acontece quando a coisa vendida pertença, total ou parcialmente, a pessoa diversa do vendedor (art. 1478.º e ss. Cód. Civ.); quando a coisa esteja onerada por garantias reais ou por outros vínculos desconhecidos do comprador (art. 1482.º Cód. Civ.); quando ao comprador é retirada a coisa por terceiros que se arrogam direitos sobre ela (arts. 1483.º e ss. Cód. Civ.: garantia por evicção); quando sobre a coisa persistem ónus ou direitos de gozo de terceiros, não declarados no contrato (art. 1489.º Cód. Civ.).

Hipóteses como a da prestação de coisas afectadas por vícios materiais ou funcionais, ou oneradas por direitos reais de terceiros, ignorados pelo comprador, podem, aliás, reconduzir-se a um conceito geral de não cumprimento: mesmo segundo o senso comum, na verdade, bem se pode dizer que o vendedor não cumpriu o compromisso assumido com o contrato.

3.3. *O problema da responsabilidade por não cumprimento do contrato*

3.3.1. Com a resolução do contrato, a operação económica é cancelada, porque os efeitos contratuais são extintos para ambas as partes: o que cada uma destas tinha prometido não é mais devido; o que por cada uma foi dado, deve ser, em linha de princípio, restituído. A troca projectada, e as relativas transferências de riqueza, não se podem realizar. Deste ponto de vista, o remédio da resolução, ou mais precisamente as regras que fixam os seus pressupostos de operatividade definem por que modo deve repartir-se entre

os contraentes o risco dos acontecimentos surgidos entre o momento da conclusão do contrato e o momento da sua execução: mais precisamente, o risco que aqueles acontecimentos prejudiquem o bom funcionamento do negócio ao ponto de provocar a sua extinção. Considerando na perspectiva do interesse individual de cada contraente, este risco traduz-se, pois, em concreto, no *risco de perder o direito à contraprestação*, e, com ela, os benefícios que, através da sua aquisição, se esperava conseguir. Vejamos o caso da resolução por superveniente impossibilidade da prestação: aqui o objectivo fundamental das regras que a disciplinam é, como vimos, propriamente o de estabelecer se a parte liberta da obrigação de cumprir a sua prestação (tornada impossível) conserva ou perde o direito de exigir a prestação contrária da outra parte. Ou consideramos então a resolução por excessiva onerosidade: se não se verificam todos os requisitos, e, portanto, a operação permanece, bem podemos dizer que os acontecimentos supervenientes incidem apenas sobre a parte que sofre directamente as consequências económicas, enquanto que a parte contrária é exonerada do risco de perder a contraprestação que lhe é devida contratualmente e os proveitos que dela poderá tirar; se porém, a resolução é decretada e extingue a operação, isto significa justamente que tal risco é atribuído à parte contrária (enquanto a parte onerada, por sua vez, partilha o mesmo risco, mas é, consequentemente, liberta daquele — para ela muito mais gravoso — consistente em ficar ligada a um negócio que as circunstâncias ocorridas tornaram, do seu ponto de vista, pesadamente desvantajoso).

Nos dois casos apontados, as consequências legais esgotam-se nesta repartição de riscos. Não assim, quando o contrato se resolve por *não cumprimento*. Em tal hipótese, com efeito, a falhada funcionalidade da operação contratual, a falhada realização de troca, não dependem já — como naqueles casos — de circunstâncias subtraídas a qualquer possibilidade de previsão, de influência e de controlo das partes, ou, seja como for, totalmente estranhas à sua esfera, mas dependem, ao invés, da má vontade, negligência ou imperícia de uma delas, ou, em todo o caso, de acontecimentos que, a

algum título lhe podem ser imputados. A consequência legal ulterior a respeito da resolução é, então, como vimos, que esta parte é obrigada à *indenização pelos danos* sofridos pela outra; porque é ela a *responsável* pelo não cumprimento contratual. E vimos que análoga responsabilidade está a seu cargo, com respeito às consequências prejudiciais do atraso no cumprimento ou às inexactidões qualificativas da prestação, mesmo quando a outra parte tenha decidido não utilizar o mecanismo da resolução e exigir, antes, o cumprimento.

O problema que ora se põe é o de individualizar quais as hipóteses em que existe responsabilidade por não cumprimento contratual, quais as condições, cuja verificação permite dizer que a parte que não cumpriu regularmente a prestação devida pelo contrato é, por isso, obrigada a indemnizar os danos sofridos pela contraparte. Tal problema é, tal como o que consiste em definir os pressupostos da resolução do contrato, um problema de repartição, entre os contraentes, do risco conexo com os acontecimentos que surgem entre o momento da conclusão do contrato e o momento da sua execução. Mas trata-se aqui de um risco com conteúdo diverso: não já o risco que se exprime na alternativa entre extinguir ou manter o negócio, e, portanto, entre perder e manter o direito à contraprestação; mas, ao invés, o *risco que se traduz no problema de saber se as perdas económicas que uma parte sofre por efeito da falhada realização do negócio, ou de uma sua realização imperfeita, devem ser definitivamente suportadas por esta parte, ou devem ser, antes, transferidas para a contraparte, a quem seja imputada a responsabilidade e, por isso, a obrigação de indemnização.*

Vejamos o seguinte exemplo: A, titular de uma empresa de produtos semitrabalhados, compromete-se a realizar, por um determinado correspectivo, um fornecimento em favor da empresa de B, que os utiliza no âmbito do próprio ciclo produtivo; mas uma greve declarada pela empresa de A impede este último de realizar tempestivamente o fornecimento prometido, o qual se atrasa tanto, que se torna impossível para B esperar mais, já que sem estes semitrabalhados a sua pro-

dução seria bloqueada, pelo que, por fim, vê-se obrigado a recorrer a outro fornecedor. Ora, num caso destes, não há dúvida de que B pode obter a resolução do contrato, em consequência da qual A perde o direito de exigir o correspectivo estabelecido para o fornecimento: uma tal conclusão é, seguramente, legitimada pelas regras examinadas no número precedente, as quais têm precisamente o papel de distribuir entre os contraentes o risco da extinção do negócio e da perda da contraprestação. Mas o tratamento jurídico do caso não pode parar aqui: é preciso estabelecer ainda — o que constitui avaliação ulterior e diversa — se B pode pretender de A indenização pelos danos sofridos, por causa da falhada execução do fornecimento (atrasos na laboração, provocados pela necessidade de procurar e encontrar um outro fornecedor; maior onerosidade da aquisição, posto que o novo fornecedor pretenda um preço superior ao combinado com A; até bloqueamento da produção de B, se resultasse objectivamente impossível procurar noutro lugar semitrabalhados adequados, como os de A, para serem inseridos no seu ciclo, etc.). Também as regras que estabelecem se tal indemnização é devida ou não — as regras, exactamente sobre a responsabilidade por não cumprimento do contrato — operam uma repartição dos riscos entre os contraentes: porque se elas são tais que determinem a responsabilidade e a obrigação de indemnizar B, podemos dizer que o risco das consequências negativas económicas causadas pela greve à empresa de B, recai sobre A; se, ao invés, as regras são tais que exonerem A de toda a responsabilidade e obrigação de indemnizar, concluiremos que aquele risco é, ao contrário, atribuído a B, que o suporta definitivamente, sem poder descarregá-lo sobre ninguém.

É pois claro que se trata de *dois tipos de problemas diversos*, se bem que estreitamente conexos; e de dois diversos, se bem que interferentes, complexos de regras. Isto é, aliás, confirmado pelo facto de *um problema de responsabilidade e indemnização poder colocar-se onde não se coloque nenhum problema de resolução* do contrato. Imagine-se, para voltar ao exemplo precedente, que B prefere não pedir a resolução, mas — mantendo o contrato — pedir em juízo que A seja con-

denado a realizar o fornecimento; também em tal caso, como sabemos, B pode pedir a A indemnização pelos danos sofridos, por exemplo pelo facto de receber o fornecimento em atraso relativamente à sua programação empresarial, que resulta complexivamente alterada (art. 1453.º, c. 1, Cód. Civ.). Pode-o pedir — entende-se — sempre que as regras de responsabilidade aplicáveis àquele caso, em concreto, lho consintam.

As páginas que se seguem são dedicadas exactamente à individualização das *regras de responsabilidade contratual*: as regras jurídicas que estabelecem se o contraente que falta ao cumprimento regular da prestação devida por contrato deve, além de perder o direito a exigir a contraprestação, indemnizar a outra parte pelo dano sofrido. Ou, dito de outra maneira e em termos talvez mais concretos, as regras donde se tiram os meios e os argumentos de defesa que o contraente demandado para a indemnização pelo dano sofrido, pode opor às pretensões do credor insatisfeito, a fim de desculpar-se da responsabilidade que aquele lhe quer imputar; mais precisamente as *causas de justificação do não cumprimento*, que dispensam quem não cumpriu a prestação devida, da responsabilidade e da consequente obrigação de indemnizar os danos que, por tal inexecução, o credor tenha sofrido. São, evidentemente, as duas faces de um mesmo problema: porque identificar os critérios que permitem imputar ao devedor inadimplente a responsabilidade e a obrigação de indemnização significa, ao mesmo tempo — reciprocamente e, por assim dizer, *a contrariis* — identificar os critérios que permitem ao mesmo devedor ser dispensado de tal responsabilidade e liberto de tal obrigação indemnizatória. No plano processual, os primeiros critérios — *critérios de imputação da responsabilidade* — são as armas do credor que pretende a indemnização, e constituem matéria de prova que ele tem interesse em fornecer; os segundos — *critérios de justificação do não cumprimento e de exoneração da responsabilidade* — representam as armas de defesa do devedor, matéria de prova que este tem interesse em produzir, se quer libertar-se da obrigação de indemnizar. Conjuntamente considerados, todos estes critérios dão corpo à global disciplina jurídica da responsabilidade contratual.

A parte que não cumpre o contrato e que, por isso, é chamada a responder em juízo, pode defender-se alegando e provando que o próprio contrato é nulo, ou anulável, ou rescindível, e que por isso — em vez de dever ser cumprido — deve ser extinto (e quando ocorre uma destas três hipóteses, o não cumprimento é justificado e não gera responsabilidade mesmo que no contrato tenha sido inserida uma cláusula em que se estabelece que uma das partes não pode opor excepções, com o fim de evitar ou atrasar a prestação devida» art. 1462.º, 1, Cód. Civ.). Além disso, pode defender-se, e ficar isenta de responsabilidade, demonstrando que a outra parte, obrigada por sua vez a cumprir uma prestação a seu favor, «não cumpre ou não oferece o cumprimento simultâneo»: neste caso, o nosso contraente, pode, legitimamente, «recusar-se a cumprir a sua obrigação» (art. 1460.º, 1, Cód. Civ. mas cfr. quanto se dispõe no segundo parágrafo). Enfim, pode opor às pretensões da parte contrária o argumento de que «as condições patrimoniais» desta última «tornaram-se tais de modo a pôr em evidente perigo a consecução da contraprestação» que ela, por sua vez, lhe deve; isto autoriza-o, com efeito, a «suspender a execução das prestações devidas... a não ser que lhe seja prestada garantia idónea» (art. 1461.º Cód. Civ.). *Invalidez ou rescindibilidade do contrato, excepção de não cumprimento e modificação das condições patrimoniais da parte contrária* constituem, assim, outras tantas defesas, mediante as quais a parte não cumpridora pode, com direito, afirmar que o seu não cumprimento é justificado, e não determina, por isso, a seu cargo, responsabilidade e obrigação de indemnização.

Mas para além destas hipóteses particulares, o problema dos critérios de imputação da responsabilidade (ou dos de justificação do não cumprimento) mantém-se aberto em geral.

3.3.2. Uma regra fundamental a ter em conta, é a do art. 1218.º Cód. Civ., que tem por epígrafe «responsabilidade do devedor»: «o devedor que não cumpra pontualmente a prestação devida, deve indemnizar o credor pelo dano causado a não ser que prove que o não cumprimento ou o

atraso tenha sido determinado pela impossibilidade da prestação resultante da causa que lhe não seja imputável». Os critérios-base são, assim, o da *impossibilidade-possibilidade da prestação* e o da *imputabilidade-não imputabilidade ao devedor* da causa que tornou a prestação impossível.

Trata-se de noções já referidas quando nos ocupámos da resolução do contrato (neste capítulo 3.2.1.). Observámos então — e repetimo-lo — que o conceito de impossibilidade da prestação e o conceito da sua imputabilidade ao devedor não têm um conteúdo fixo, previamente determinável e válido indistintamente para todos os tipos de relação obrigacional, para todas as prestações a que uma parte esteja obrigada, por contrato, a cumprir em favor da outra, qualquer que seja a operação económica em que estas estejam inseridas. «Impossibilidade» e «imputabilidade» podem, ao invés, adquirir um significado variável segundo o tipo de negócio —, consequentemente, do tipo de prestação e de relação obrigacional — de que se trata, caso a caso, e segundo as circunstâncias concretas, dentro das quais o próprio negócio se enquadra. Neste sentido, bem podemos dizer que o teor do art. 1218.º Cód. Civ. constitui uma *fórmula genérica e resumida das diversas e particulares regras de responsabilidade*, operativamente aplicáveis às diversas e particulares situações de não cumprimento, revestindo, substancialmente, o valor de uma *norma de reenvio* para estes vários regimes jurídicos da responsabilidade contratual.

Os vários regimes jurídicos da responsabilidade contratual — correspondentes aos vários significados, com que é necessário, caso a caso, preencher a fórmula da «impossibilidade» e da «imputabilidade» — podem ser mais ou menos rigorosos em relação ao devedor inadimplente; segundo os critérios de atribuição da responsabilidade que em concreto resultam aplicáveis, pode ser, para aquele, mais ou menos fácil, provar a existência de uma qualquer causa de justificação do não cumprimento, que o exonere da obrigação de indemnizar os danos (a chamada *prova liberatória*). Recorde-se quanto se disse a propósito do conceito de «impossibilidade» da prestação: não coincide necessariamente com o da impossibilidade absoluta — física ou material — de realizar a pres-

tação, nem pode, por outro lado, reconduzir-se ao de uma simples maior dificuldade ou onerosidade de cumprimento, cobrindo, antes uma complexa e anteculada gama de situações, compreendidas entre estes dois extremos e conjugadas pelo facto de as circunstâncias supervenientes incidirem sobre a prestação, de modo tal que o seu cumprimento exigiria ao devedor actividades e meios não razoavelmente compatíveis com aquele dado tipo de relação contratual, em termos de a transformar numa prestação substancialmente diversa da que foi acordada (uma fórmula, como se vê, bastante elástica para se poder adaptar a *situações e soluções muito diversas*, entre si). Pois bem, é claro que se num caso é aplicável um critério de impossibilidade mais próximo do da *impossibilidade absoluta ou material*, será particularmente difícil, para o devedor, subtrair-se à obrigação indemnizatória, fornecendo a prova liberatória (já que só poderá fazê-lo, no limite, demonstrando que faltou completamente, no fundo, a própria matéria-prima necessária para cumprir a prestação, ou que esta última foi proibida por ordem da autoridade pública). Deverá, então, dizer-se que o regime de responsabilidade aplicável a este caso é muito rigoroso e severo para o devedor inadimplente. Ao passo que, se num outro caso, se devesse privilegiar um critério legal de impossibilidade mais próximo, por assim dizer, do polo da *maior dificuldade e onerosidade* da prestação, o regime de responsabilidade contratual, válido para este outro caso, deveria, ao invés, dizer-se mais benévolo para o devedor, a quem seria seguramente mais fácil invocar e provar uma causa de justificação do seu não cumprimento.

Identificado, assim, diversamente, o conceito de impossibilidade (e o grau de rigor do regime de responsabilidade que lhe corresponde), de modo análogo se deve raciocinar sobre a noção de *imputabilidade ao devedor* da causa que a determina: se a disciplina da relação é tal que são imputadas ao devedor as causas de impossibilidade, de qualquer modo reconduzíveis à sua esfera de organização e influência, estamos, então, na presença de um regime de responsabilidade bastante rigoroso, que torna muito mais difícil para o devedor fornecer a prova liberatória; de rigor mais atenuado é, ao invés, o

regime de responsabilidade — baseado num conceito diverso de imputabilidade — em cujo âmbito o devedor inadimplente pode subtrair-se à obrigação de indemnizar, provando que a não execução da prestação resulta de uma causa ocorrida (mesmo que seja dentro da sua esfera de organização e influência), não obstante o emprego, da sua parte, da necessária diligência, atenção e perícia.

Na realidade, este último é o ponto chave de toda a disciplina jurídica da responsabilidade por não cumprimento contratual, que gira, em suma, à volta da questão: para ser exonerado de responsabilidade e obrigação de indemnização, é suficiente ao devedor, que não tenha cumprido regularmente a prestação devida, demonstrar que isto ocorreu, não obstante ter utilizado, para aquele fim, a necessária diligência, atenção e perícia? Se a resposta for afirmativa, isso significa que o critério de imputação da responsabilidade é o critério da culpa do devedor inadimplente (já que «culpa», aqui, não significa outra coisa que não emprego da diligência, atenção e perícia exigidas para aquele tipo de prestação): sendo tidos como responsáveis apenas os devedores culpados de não terem observado, no cumprimento do contrato ou na preparação do cumprimento, a necessária diligência, estaríamos na presença de um sistema de responsabilidade baseada na culpa (?).

Quando, pelo contrário, a resposta deva ser negativa, isto significará que o critério de imputação da responsabilidade contratual é um critério diverso da culpa do devedor inadimplente, o qual poderá ser condenado a indemnizar danos veri-

(?) A responsabilidade por culpa deve juntar-se a responsabilidade por dolo, que, na prática, acaba por ficar absorvida. «Dolo» tem, aqui, um significado diverso do considerado em matéria de disciplina dos contratos que uma parte conclui por efeito do engano doutrém; no presente contexto, «dolo» significa consciência e vontade de provocar dano a outros: existe, assim, não cumprimento doloso quando o devedor não cumpre regularmente a prestação devida, não já por uma involuntária falta de diligência, mas com o deliberado objectivo de prejudicar a parte contrária. É intuitivo que se um devedor responde por não cumprimento culposo, por maioria de razão deverá responder por não cumprimento doloso.

ficados, não obstante ter usado da devida diligência; estaríamos, desta vez, face a um sistema de responsabilidade objectiva.

O debate que, desde há tempos, se faz entre os intérpretes — teóricos e práticos — do nosso sistema legal de responsabilidade por não cumprimento, incide precisamente sobre este ponto: se se trata de um sistema de responsabilidade subjectiva, ou de um sistema de responsabilidade objectiva. Defendem que a responsabilidade contratual é responsabilidade objectiva, todos aqueles que colocam no centro do sistema a norma do art. 1218.º Cód. Civ., e assumem a interpretação mais rígida (se a prestação não executada for materialmente possível, o devedor responde por não cumprimento, ainda que a sua regular execução exija ao devedor meios e esforços superiores aos correspondentes ao conceito de normal diligência; se o não cumprimento se verifica por uma causa que recai na esfera de influência e organização do devedor, este responde, por isso mesmo, ainda que tal causa não se possa imputar à não utilização, da sua parte, da normal diligência). Defendem, ao invés, que a responsabilidade contratual é responsabilidade por culpa, todos aqueles que exaltam o papel fundamental, no sistema, do art. 1176.º Cód. Civ., segundo o qual «no cumprimento da obrigação, o devedor deve usar a diligência do bom pai de família», com a precisão de que «no cumprimento das obrigações inerentes ao exercício de uma actividade profissional, a diligência deve avaliar-se de acordo com a natureza da actividade exercida»; defendem na verdade que só pode considerar-se responsável, em linha de princípio, o devedor inadimplente que se encontre «em culpa», exactamente por ter omitido o emprego da devida diligência.

A série das considerações desenvolvidas nas páginas precedentes, permite-nos, agora, responder à questão formulada: o nosso sistema de responsabilidade contratual é um sistema misto ou articulado, no qual coexistem hipóteses de responsabilidade subjectiva e hipóteses de responsabilidade objectiva; para algumas relações e situações valem regras de responsabilidade que permitem ao devedor exonerar-se, desde que prove ter empregado a diligência a que estava obrigado; para outras relações e situações valem, ao invés, critérios legais, a que nos

referiremos brevemente, com base nos quais o devedor inadimplente é condenado a indemnizar, mesmo que se lhe não possa atribuir qualquer «culpa».

3.3.3. Em relação a algumas relações contratuais ou a alguns tipos de prestação, é a própria lei a dizer, explicitamente, que o devedor responde por culpa, ou seja — o que sabemos ser o mesmo — a estabelecer que ele é obrigado a cumprir o contrato com a diligência do bom pai de família, a qual vem, assim, a constituir o metro de avaliação da sua actividade de cumprimento (trata-se de um único critério de juízo: tanto é assim que ao mesmo se faz referência como ao critério da *culpa-diligência*). Isto vale, por exemplo, para os deveres que resultam do contrato de locação para o locatário (art. 1587.º, 1, Cód. Civ.), ou para os deveres do comodatário (art. 1807.º Cód. Civ.) ou do depositário (art. 1768.º, 1, Cód. Civ.), ou ainda dos parceiros cultivadores (arts. 2148.º, 2 e 2167.º, 2, Cód. Civ.): generalizando, podemos dizer que se aplica nos casos em que a operação contratual determina que uma das partes tenha a *detenção* e a *custódia* de uma coisa propriedade da parte contrária, a qual lhe deve ser *restituída* no fim da relação. O critério da culpa-diligência é, pois, decisivo para verificar se quem transfere a propriedade ou a simples detenção a outrem, no interesse desta, de uma *coisa defeituosa*, deve indemnizar os danos causados em consequência de tais defeitos: neste caso, na verdade, o vendedor é responsável perante o comprador, o locador perante o locatário, o mutuante perante o mutuário, a não ser que provem que os defeitos, causa do dano, eram pelos próprios ignorados «sem culpa» (arts. 1494.º; 1578.º, 2; 1821, 1, Cód. Civ.). Enfim, quem é obrigado, em geral, a *desenvolver uma actividade* responde subjectivamente, pelo facto de não a ter executado, ou de a ter executado de modo imperfeito; isto é referido, explicitamente, em relação, por exemplo, às obrigações do mandatário (art. 1710.º, 1, Cód. Civ.) e do trabalhador subordinado (art. 2104.º, 1, Cód. Civ.).

Em relação a este último tipo de situações, fala-se também de «obrigações de meios» ou de *obrigações de diligência*:

entende-se, com estas expressões, que o devedor é obrigado a exercer uma determinada actividade a favor do credor que espera desta um resultado útil; e ainda que ele só é responsável e obrigado a indemnizar, se não desempenhar tal actividade com a devida diligência, mas não também se, por outras razões, independentes da sua culpa, daquela actividade não resultar, concretamente, o resultado esperado pelo credor. Típica, deste ponto de vista, é a obrigação do profissional liberal para com o seu cliente: o médico, para curar o doente, o advogado, para assistir quem quer fazer valer uma pretensão em juízo, são obrigados a usar toda a diligência e todos os meios idóneos para o conseguir, e respondem se não os utilizam; não respondem, porém, se, apesar do emprego da diligência exigida para tais fins, o doente não se cura ou a causa é perdida; também neste caso têm direito aos seus honorários. As «obrigações de diligência» contrapõem-se as *obrigações de resultado* (típica, a do empreiteiro): com estas, o devedor não promete apenas uma actividade diligente mas promete, também, a obtenção de um resultado e se, por qualquer razão, este não é conseguido e fornecido ao credor, o devedor sofre as consequências ainda que se não possa imputar-lhe culpa alguma; assim, se a obra feita pelo empreiteiro apresentar, objectivamente, vícios ou defeitos em relação ao que se esperava, ele é obrigado a eliminá-los a expensas suas, ou então a sofrer uma proporcional redução do preço da empreitada qualquer que tivesse sido o grau de diligência — mesmo o máximo — empregue na sua execução (art. 1667.º e 1668.º, 1, Cód. Civ.). Mas não é de todo indiferente saber se ao empreiteiro é imputável, ou não, falta de diligência: ele só responde, na verdade, pelos danos ulteriores, causados pelos vícios e pelos defeitos da obra, se for culpado (art. 1668.º, 1, Cód. Civ.).

A diligência a que o devedor está obrigado, e que constitui a medida da sua responsabilidade, é designada pelo legislador como «*diligência do bom pai de família*» (art. 1176.º, 1, Cód. Civ.). Em palavras menos ligadas a arcaicos modelos de economia doméstica, isto significa diligência que se pode racionalmente exigir de uma pessoa honesta, preparada e conscienciosa, e, particularmente a um *operador médio do sector*

a que se refere a relação contratual em questão (cfr. o art. 1176.º, 2, Cód. Civ. e art. 2174.º, 2, Cód. Civ., onde se menciona a «diligência do bom criador de gado»). O critério da diligência média, ou ordinária, exprime não um simples juízo de facto, mas um *juízo de valor*: não o grau de perícia e empenho, efectivamente empregue na práxis (o qual até pode ser, lastimavelmente baixo), mas aquele grau que parece justo e racional pretender. Deste modo, a regra legal, sancionando o existente, pode pressionar no sentido da sua transformação, segundo standards qualitativamente superiores.

Mesmo que se o consiga individualizar, segundo as circunstâncias e sobretudo segundo o género de prestação considerada, o critério da diligência permanece sempre um *critério objectivo e típico*. Ele remete para um modelo ideal (de «bom empreiteiro», de «bom trabalhador metalomecânico», de «bom médico», ou até de «bom cardiologista», etc.), e individualiza, com base nele, o que se pode pretender de cada devedor concreto. O termo da referência do juízo de responsabilidade não é, assim, aquele devedor concreto, com as suas características particulares subjectivas: o advogado que comete um erro grave, na defesa do seu cliente, não pode exonerar-se de responsabilidades, afirmando ter um esgotamento nervoso que o impediu de concentrar-se suficientemente no estudo da causa. É verdade que um tal esforço de estudo não se poderia razoavelmente exigir de uma pessoa com esgotamento nervoso, mas isso não conta, porque introduziria um elemento subjectivo e individualizante num juízo que deve, ao invés, fundar-se num critério objectivo e típico: a medida da diligência devida é a que se pode exigir do «bom advogado», não do «bom advogado com esgotamento nervoso».

A adopção de um critério subjectivo de diligência, regulado pela situação particular do agente, justificar-se-ia se o juízo de responsabilidade por não cumprimento tivesse uma função principalmente *sancionatória*; a função de atingir, castigar, o devedor por ter tido um comportamento moralmente reprovável. Mas se uma tal função podia ser proeminente no passado, numa fase do desenvolvimento das instituições jurídicas, em que as promessas contratuais acabavam por assi-

mlar-se, na consciência comum, a outros tantos compromissos morais, e o juízo sobre a sua transgressão coloria-se de avaliações éticas, nos ordenamentos modernos já não é assim. Aparece em primeiro plano a substância e o papel económico das operações contratuais, e a *função primária da responsabilidade* por não cumprimento, não é a de punir o devedor que falta aos seus compromissos, mas, antes, a de *garantir a posição do credor*: seja atribuindo-lhe a indemnização pelas perdas sofridas em consequência do não cumprimento (*função de compensação*); seja, ainda antes, procurando prevenir, através da ameaça da sanção ressarcitória, o próprio não cumprimento, de modo a assegurar a plena realização das suas expectativas económicas (*função de prevenção*).

A objectivos como estes responde, seguramente, melhor um critério objectivo de culpa-diligência, que fixe o *padrão mínimo inderrogável de empenho e de esforço que cada devedor é obrigado a assegurar ao credor* — e com que este último pode, em todo o caso, contar para a satisfação do seu interesse na execução do contrato —, sem que razões inerentes à pessoa ou à esfera subjectiva do devedor sejam idóneas para diminuir-lo.

Como já referimos, o conteúdo do critério da normal diligência — portanto a medida e a qualidade do esforço e do empenho que o devedor é obrigado a despender no cumprimento, e que o credor está legitimado a esperar — é variável segundo o tipo de relação contratual, o tipo de operação económica em causa (art. 1176.º, 2, Cód. Civ.). É razoável, por exemplo, que aquele critério seja menos rigoroso para o devedor, e, correlativamente, ofereça menores garantias ao credor, quando, tratando-se de *contrato gratuito*, quem está obrigado a cumprir a prestação não recebe nada em troca do beneficiário desta: e, com efeito, no mandato e no depósito gratuitos «a responsabilidade por culpa é avaliada com menor rigor» (arts. 1710.º, 1 e 1768.º, 2, Cód. Civ.; e cfr. também os arts. 1812.º e 1821.º, 2, Cód. Civ.). Nenhuma atenuação da responsabilidade, nenhuma redução do grau de diligência normalmente devido pelo devedor, são, porém, admitidas, quando a prestação, mesmo gratuita, é susceptível de incidir sobre

bens e valores de ordem superior, e, por isso, não redutíveis a dinheiro, como a segurança e a integridade física das pessoas: por isto, o grau de diligência estabelecido, genericamente, para o condutor que transporte pessoas, deve ser empregue «também nos contratos de transporte gratuito» (art. 1681.º, 3, Cód. Civ.). Porque uma tal obrigação, precisamente pela especial natureza dos interesses que a prestação põe em risco, é delineada de modo particularmente preciso e rigoroso; em relação à garantia de integridade física dos transportados, a diligência exigida ao transportador implica, nada menos, que o «ter adoptado todas as medidas idóneas para evitar o dano» (enquanto fica excepcionada — e confiada aos critérios habituais — «a responsabilidade pelo atraso e pelo não cumprimento na execução do transporte»; art. 1681.º, 1, Cód. Civ.).

Se, portanto — como parece razoável — a uma maior perigosidade e dificuldade da prestação deve corresponder uma mais elevada, e não uma mais reduzida, obrigação de diligência do devedor, parece difícil justificar em termos racionais a norma do art. 2236.º, Cód. Civ., segundo a qual, quando a prestação exigida ao prestador de trabalho intelectual (profissional liberal) «implica a solução dos problemas técnicos de especial dificuldade», este «não responde pelos danos, se não em caso de dolo ou de culpa grave»^(*): a disposição constitui, manifestamente, um verdadeiro e próprio privilégio concedido pelo legislador à categoria dos profissionais liberais intelectuais.

3.3.4. Até agora falámos das hipóteses em que o devedor inadimplente responde por culpa, e pode, portanto, exonerar-se de responsabilidade e da obrigação de indemnização, demons-

(*) «Culpa» significa, como sabemos, violação, pelo devedor, da normal diligência que lhe é pedida. *Culpa grave* é a violação, (não já da diligência média, mas) precisamente dos níveis mínimos de atenção, de competência, de empenho concebíveis para aquela dada prestação: é a desatenção mais imperdoável, a incompetência mais grave, o descuido mais clamoroso.

trando ter usado, na execução do contrato, uma diligência e perícia não inferiores, por medida e qualidade, ao nível exigido para aquele tipo de relação. Ocupemo-nos agora das hipóteses de *responsabilidade objectiva*, em que o devedor que falta ao cumprimento regular da prestação é obrigado a indemnizar pelos danos, ainda que o não cumprimento não possa atribuir-se a culpa sua: a prova de ter empregado a diligência normal não releva para o exonerar de responsabilidade.

Responde pelo incumprimento, mesmo sem culpa, quem esteja obrigado a fornecer uma certa *quantidade de coisas genéricas*, determinadas só com referência à sua pertença a um género de mercadoria. Imagine-se que A prometeu a B, para a data de 20 de Agosto, o fornecimento de 25 quintais de fertilizante, que B quer utilizar nas próprias culturas; A procura-os logo e armazena-os, esperando a data prevista para a entrega, mas poucos dias antes desta, um incêndio, deflagrado, por pura fatalidade, no armazém, destrói tudo. A não está em condições de cumprir regularmente, e não certamente por culpa sua, já que a ele não se pode reprovar nenhuma falta de diligência (todas as medidas anti-incêndio tinham sido adoptadas): contudo ele não é exonerado da sua obrigação, devendo obter de novo, a expensas próprias, o fertilizante prometido a B. Ainda que o consiga rapidamente, fornece-lho com inevitável atraso, que, mais uma vez não se poderá dizer culposo; mas também dos danos causados a B por este atraso não culposo (exemplo: atraso das operações de sementeira), A é responsável, embora não se lhe possa reprovar a mínima negligência. A razão desta disciplina está no facto de o fornecedor ter a máxima liberdade de manobra acerca do tempo em que pode procurar a mercadoria e acerca do modo de dispor da mesma: pode antecipar ou atrasar a sua aquisição, de acordo com o que lhe sugerem as previsões de mercado; adquirida, pode conservá-la para aquele cliente e vendê-la a outros, se lhe parecer conveniente, obtendo depois, uma outra quantia para o cliente. Com efeito, até ao momento da entrega (ou da individualização) sabemos que a propriedade das coisas genéricas permanece no vendedor; e com a propriedade mantém os *poderes* de controlo, de gestão, de

disposição, mas também todos os *riscos* relativos. Por isto, a sua responsabilidade não é baseada na culpa, mas sobre o risco, compreendido como contrapartida das vantagens da propriedade e do controlo das mercadorias. É, então, coerente com este delineamento que o nosso fornecedor não responda pelos riscos que não se relacionam com tais vantagens, e que se manifestem numa esfera que lhe é totalmente estranha: ele não é, por isso, responsável se a execução do fornecimento for impedida por ordem da autoridade administrativa que proíbe o comércio daquele fertilizante, suspeito de gerar excessiva poluição, nem responde pelo atraso na entrega, se este se dever a um aluvião que isole temporariamente a zona em que tem a sua sede a empresa destinatária do fornecimento.

O mesmo critério de responsabilidade objectiva vale quando a obrigação tem por objecto aquela particular coisa genérica que é o *dinheiro* (obrigações pecuniárias). Quem deve uma soma de dinheiro a um certo prazo, e não paga temporariamente, é responsável, mesmo se esteve privado do dinheiro necessário por causas não reconduzíveis a culpa própria: por exemplo, porque gastou todos os seus recursos para curar-se de uma grave e custosa doença, ou porque perdeu todo o seu dinheiro na falência do banco onde o tinha depositado. Mais em geral, quem deve executar uma prestação nunca pode justificar o próprio não cumprimento com a circunstância de ter ficado — mesmo sem culpa — desprovido dos meios monetários necessários para organizá-la e executá-la: a chamada *impotência financeira* nunca exonera da responsabilidade.

Outras hipóteses de responsabilidade objectiva referem-se a *prestações contratuais a cargo de empresários para com o público dos utentes, implicando detenção e custódia de coisas determinadas*. Assim, por exemplo, o transportador responde, objectivamente, «pela perda e avaria das coisas que lhe foram entregues para transporte», ainda que estas tenham sido destruídas sem culpa sua (num acidente de viação causado por um terceiro, por exemplo): para exonerar-se não lhe basta provar que agiu com a necessária diligência, mas deve demonstrar «que a perda ou a avaria é derivada de um caso fortuito, da natureza ou dos vícios das próprias coisas ou da sua

embalagem, ou de facto do remetente ou do destinatário» (art. 1693.º, 1, Cód. Civ.).

Também aqui a responsabilidade do devedor é fundada não sobre a culpa, mas sobre o risco, e podemos acrescentar sobre o *risco de empresa*: ele responde por todos os factos, mesmo não culposos, que se manifestem na esfera da sua organização e da sua actividade empresarial. Esta organização e esta actividade são a fonte dos seus lucros: é justo e racional — pela fundamental *conexão proveito-risco* — que sobre ele recaiam todos os riscos que, no âmbito e por causa das mesmas se produzem (mas já não é justo nem racional, que lhe sejam atribuídos *riscos estranhos* à sua esfera organizativa; daí que ele possa esquivar-se à responsabilidade, provando que o dano depende «da natureza ou dos vícios das coisas... ou da sua embalagem, ou de facto do remetente ou do destinatário»). Deve, além disso, tratar-se de riscos típicos daquela actividade de empresa, de qualquer modo previsíveis e calculáveis (tal é o acidente de viação para o transportador terrestre), e não, ao invés, de *riscos anómalos* e subtraídos a toda a possibilidade de racional previsão (exemplo: um helicóptero choca com os fios de alta tensão, que caem sobre o autocarro em trânsito e, fazendo desmaiar o condutor, provocam a sua saída da estrada): riscos assim são aqueles que entram na noção de *caso fortuito*. A razão de ser disto está, também, no seguinte: contra os riscos típicos, previsíveis e calculáveis, o empresário pode precaver-se (e é razoável que seja ele a precaver-se dado que, para o exercício profissional daquela actividade, enfrenta uma massa de riscos homogêneos, e não os seus clientes, os quais participam, quando muito em operações isoladas, e enfrentam, por isso, só uma vez por outra, o risco a elas ligado); não seria, ao invés, economicamente justificável que ele se tivesse de assegurar contra riscos anómalos, imprevisíveis ou incalculáveis.

As considerações feitas para o transportador de coisas valem para o hoteleiro, em relação à perda e deterioração das coisas trazidas pelos clientes e que lhe não tenham sido entregues (art. 1784.º Cód. Civ.); para o gerente de armazéns gerais, no que respeita à perda, diminuição ou estrago das merca-

dorias depositadas (art. 1787.º Cód. Civ.); para a banca, a propósito da conservação dos valores guardados nas caixas de segurança (art. 1839.º Cód. Civ.).

Típica e importante hipótese de responsabilidade objectiva do devedor é aquela que resulta de *actos dos auxiliares* utilizados para o cumprimento. Acontece, frequentemente, que quem deve realizar uma prestação recorre à colaboração de outros sujeitos. Isto verifica-se quase sempre quando a prestação é devida por uma empresa; devedor é, propriamente, o titular da empresa, que, porém, confia a sua execução material aos seus dependentes ou mesmo a outras empresas (por exemplo de transporte, para executar as remessas aos clientes). Mas pode verificar-se também para as prestações de operadores não organizados em forma de empresa: quem deve entregar ou restituir uma coisa a pessoa que habita noutra cidade, pode enviá-la por meio de uma empresa de transportes, ou então confiá-la a um amigo que por lá passe, com pedido de fazer ele a entrega.

Em ambos estes casos, aplica-se a regra do art. 1228.º Cód. Civ.: «salva diversa estipulação das partes, o devedor que, no cumprimento da obrigação, utiliza terceiros, responde, também, pelos factos dolosos ou culposos destes». Portanto, se o dependente ou o auxiliar autónomo, ao cooperar na execução da prestação devida por A a B, por negligência ou por má vontade, impedem o regular cumprimento (o transportador desonesto subtrai parte da mercadoria que devia entregar, o transportador imprudente sofre um acidente, no qual perde a mercadoria, o amigo distraído esquece-se de entregar a encomenda de que tinha sido encarregue), A responde e é obrigado a indemnizar os danos a B.

Nestas situações, é muito difícil que ocorra culpa do devedor. Pode-se pensar — é verdade — que ele tenha escolhido mal o auxiliar, recorrendo à cooperação de um sujeito que devia reconhecer como incapaz, ou desonesto, ou que não o tenha vigiado, ou então que lhe tenha dado instruções lacunosas ou erradas. Mas na maioria dos casos, nada se lhe poderá, honestamente, reprovar, quanto à escolha dos auxiliares, nem quanto a uma insuficiente vigilância e guia do

seu comportamento (que teria sentido num sistema de produção artesanal, mas não certamente numa organização económica moderna, fundada na capilar divisão do trabalho e na elevada especialização das tarefas). Ele responde, por isso, objectivamente, sem culpa própria. Uma tal regra justifica-se na base de duas considerações: a) pelo princípio de relatividade do contrato, o credor prejudicado não poderia, em linha de princípio, pedir a indemnização ao auxiliar, terceiro face à relação contratual em questão; se o devedor fosse dispensado de responder quando não tem culpa (isto é, no maior número de casos), o dano seria quase sempre suportado, definitivamente, pelo credor — o que não é justo; dando, ao invés, acção ao credor contra o devedor, permite-se-lhe ser indemnizado, enquanto que o devedor, por sua vez, poderá dirigir-se contra o auxiliar que causou o dano; b) a escolha da utilização de auxiliares para o cumprimento respeita à discricionariedade e à autonomia organizativa do devedor, sendo uma escolha que este faz no próprio interesse, porque multiplica as suas ocasiões de proveito: não é, por isso, admissível que as consequências negativas de tal escolha recaiam sobre o credor, que a ela é estranho; é justo, ao invés, que os riscos sejam suportados por quem a fez, a controla e dela tira vantagem.

Recapitulando. As situações de responsabilidade objectiva qualificam-se, negativamente, pelo facto de prescindir da culpa do devedor, que é condenado à indemnização mesmo que demonstre ter observado o critério da normal diligência. Positivamente, a sua característica unificadora consiste no facto de o risco dos acontecimentos que prejudicam a realização do interesse de credor ser atribuído ao sujeito, em cuja esfera de organização, de influência ou de controlo aqueles acontecimentos se manifestam: porque esfera de organização, ou de influência, ou de controlo significa fonte de proveitos, e às possibilidades de proveito deve corresponder o arcar com os correspondentes riscos.

3.3.5. Na maioria dos ordenamentos jurídicos do ocidente, parece possível individualizar uma já longa *tendência*

geral — cujos desenvolvimentos remontam a vários decénios — para uma *substancial atenuação do rigor da responsabilidade por não cumprimento do contrato*, no passado orientada genericamente, por critérios muito mais severos para o devedor. Na origem desta tendência estão as grandes mudanças que, sobretudo a partir da primeira guerra mundial, assinalaram a vida económica e social, incidindo, nomeadamente, sobre a regular actuação das relações contratuais, e em particular, agravando as condições do cumprimento (greves, guerras, crises económicas, desvalorização, etc.). Em Itália, na pegada da experiência alemã, a tendência a que nos referimos encontrou expressão na *teoria da inexigibilidade da prestação de acordo com o princípio da boa fé*. Para esta, face a uma inexecução contratual, o juiz deveria avaliar se — nas circunstâncias concretas, e à luz do princípio geral da boa fé ou correcção que preside às relações contratuais (cfr. o art. 1175.º Cód. Civ.) — seria razoável que o credor pudesse exigir do devedor actividades e comportamentos diversos de molde a satisfazer o seu interesse no cumprimento; ou se, pelo contrário, aquelas actividades e aqueles comportamentos teriam representado, para o devedor, um sacrifício que, segundo a boa fé, não se poderia ter pretendido dele. No primeiro caso, o devedor seria responsável pelo não cumprimento, no segundo não. Deste modo, é claro que ao *princípio da boa fé* é atribuído um papel de autêntica *fonte de integração do contrato*, porque, com base nele, determina-se a medida e a qualidade das obrigações que resultam do próprio contrato. (As relativas avaliações são operadas pelo juiz, conformemente à originária «economia do contrato», segundo o sentido e o espírito que as partes atribuíram à operação: portanto, dentro duma lógica de respeito da autonomia privada).

Suponhamos que o credor aceita, voluntariamente, renunciar, no todo ou em parte, à garantia que o sistema da responsabilidade contratual estabelece para tutela dos seus interesses: as partes podem acordar, e inserir no contrato, uma *cláusula de exoneração ou de limitação da responsabilidade*, com a qual se estabelece que os danos eventualmente provocados a uma delas pelo não cumprimento da outra, não deve-

rão ser indemnizados por esta, ou deverão sê-lo, apenas numa medida previamente circunscrita. Cláusulas deste género, que jogam, evidentemente a favor de uma parte e em desfavor da outra, são, normalmente, inseridas nos contratos standard, onde um contraente mais forte e mais organizado as predispõe e impõe ao outro, que pela sua menor força contratual é obrigado a admiti-las. A lei permite a sua licitude dentro de limites bem precisos, destinados a garantir que a actuação da relação contratual não seja totalmente abandonada ao arbítrio de um devedor, que nunca seria prejudicado, e que se tornaria negligente pela conquistada imunidade, mas que, ao credor, seja, antes, assegurado sempre um mínimo de empenho diligente por parte do próprio devedor: são, na verdade, nulos os pactos que excluem ou limitam a responsabilidade derivada de dolo ou de culpa grave, e, também, a responsabilidade por factos que constituam violação de obrigações derivadas de normas de ordem pública (art. 1229.º Cód. Civ.). A esta disciplina geral sobrepõem-se, depois, disposições específicas e mais rigorosas, que excluem radicalmente a possibilidade de exonerar ou limitar a responsabilidade do devedor em relações contratuais, nos quais, atentos os interesses implicados, se quer garantir ao credor o empenho mais completo de diligência na execução (cfr. entre outros, os arts. 1681.º, 2; 1784.º, 4; e 1838.º, 4, Cód. Civ.).

A pretensão do credor insatisfeito a ser indemnizado pelo devedor pressupõe: 1) que o credor tenha sofrido um dano; 2) que o dano tenha sido causado pelo não cumprimento; 3) que o não cumprimento resulte de uma causa imputável ao devedor (a título de culpa ou, nos casos de responsabilidade objectiva, a título de risco). São estes os pressupostos da responsabilidade e do direito à indemnização, que constituem matéria de prova em juízo. A regra geral em matéria de prova é que «quem quer fazer valer um direito em juízo deve provar os factos que constituem o seu fundamento» (art. 2697.º, 1, Cód. Civ.). Com base nela, por isso, o credor que pede a indemnização, teria o ónus de fornecer a prova de todos os três elementos que se mencionou: se não conseguisse, o juiz deveria recusar o seu pedido. Mas provar que o não

cumprimento resulta de uma causa imputável ao devedor pode ser-lhe muito difícil, tratando-se de factos que entram numa esfera que lhe é estranha, como é a esfera de organização e de actividade do devedor. Por isso, a lei, derogando a regra geral, realiza neste caso uma parcial *inversão do ónus da prova*: ao credor basta provar ter sofrido um dano causado pelo não cumprimento da parte contrária; competirá a esta, para exonerar-se, demonstrar que o não cumprimento foi determinado por uma causa que lhe não é imputável (assim resulta, com clareza, da fórmula do art. 1218.º Cód. Civ.). Daqui resulta, por exemplo, que nas hipóteses de responsabilidade objectiva, em que o devedor inadimplente só pode exonerar-se provando o caso fortuito, ele deve responder também pelos não cumprimentos provocados por causas desconhecidas (hipótese que na moderna e complexa organização das empresas industriais, comerciais e dos serviços não é, de modo algum rara).

Os arts. 1223.º e segs. Cód. Civ referem-se à determinação da *medida da indemnização* devida. Em princípio, esta «deve compreender tanto os danos emergentes, quanto o lucro cessante na medida em que... sejam consequência imediata e directa» do não cumprimento (art. 1223.º Cód. Civ.). Mas «se o não cumprimento ou o atraso não é devido a dolo do devedor, a indemnização é limitada ao dano previsível no tempo em que surgiu a obrigação» (art. 1225.º Cód. Civ.); e, se para a produção do dano contribuiu, conjuntamente ao comportamento do devedor, também o facto culposo do credor que o sofre, «a indemnização é diminuída segundo a gravidade da culpa e as consequências que daí derivam» (art. 1227.º, 1, Cód. Civ.), ficando estabelecido que «a indemnização não é devido pelos factos que o credor teria podido evitar usando a diligência ordinária» (art. 1227.º, 2, Cód. Civ.). Em qualquer caso, se o dano é reconhecido existente mas «não pode ser provado no seu preciso montante, é liquidado pelo juiz com uma avaliação equitativa» (art. 1226.º Cód. Civ.). Uma norma especial, enfim, é dedicada pelo art. 1224.º Cód. Civ. aos danos pelo não cumprimento de um particular tipo de obrigações: as obrigações pecuniárias.

A aplicação destes critérios legais de determinação do dano pode ser incerta e dificultosa e dar origem a ulteriores controvérsias entre as partes. Estas podem evitá-las estabelecendo, convencionalmente, por antecipação, qual a soma de dinheiro (ou que outra prestação indemnizatória) que será paga pelo devedor ao credor em caso de não cumprimento: é a *cláusula penal*. Ela «tem o efeito de limitar a indemnização à prestação prometida, se não foi estabelecida a ressarcibilidade do dano excedente» (art. 1382.º, 1, Cód. Civ.), mas por outra parte «é devida independentemente da prova do dano» (art. 1382.º 2, Cód. Civ.); evidente é, por isso, a sua função de simplificação das relações entre os contraentes. Não se admite, todavia, que o seu quantitativo seja completamente desproporcionado e vexatório para a parte que a suporta: em determinadas condições, o juiz tem o poder de o diminuir equitativamente (art. 1384.º Cód. Civ.).

Um mesmo facto danoso pode, em situações particulares, ser qualificado como não cumprimento do contrato e, ao mesmo tempo, como facto ilícito extracontratual (art. 2043.º Cód. Civ.). Suponhamos que A aluga a B um carro com travões defeituosos, e que B sofre, por causa disso, um acidente no qual fica seriamente ferido; tal constitui não cumprimento do contrato (que obrigava A a fornecer um carro em perfeitas condições), e, ao mesmo tempo, violação do dever geral e absoluto de não danificar os bens e os interesses materiais ou pessoais alheios (que é fonte, precisamente de responsabilidade extracontratual, disciplinada pelos arts. 2043.º e segs.) Em casos como este, o prejudicado pode escolher basear a sua acção de indemnização ou sobre o não cumprimento ou sobre o ilícito extracontratual (*concurso de acções*). Para certos aspectos, convém-lhe a primeira via: o ónus da prova liberatória incide sobre a parte contrária, e, além disso, o período de prescrição não é, em regra, abreviado a respeito do período ordinário de 10 anos, como o é, ao invés, o previsto em sede de responsabilidade extracontratual (art. 2947.º, 1, Cód. Civ.). Para outros aspectos é mais vantajosa a segunda: a indemnização não é limitada aos danos previsíveis.

