



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Pedro Henrique Muniz Teixeira de Brito Aguiã

**A REMOÇÃO DE LUCROS ILÍCITOS
CONTRATUAIS:
*DISGORGEMENT E COMMODUM EX NEGOTIATIONE***

**Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
no âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito, (conducente ao grau de Mestre)
na área de especialização em ciências Jurídico-Civilísticas, com menção em
Direito Civil, sob orientação do Professor Doutor Paulo Mota Pinto.**

Outubro de 2020



**A REMOÇÃO DE LUCROS ILÍCITOS CONTRATUAIS:
*DISGORGEMENT E COMMODUM EX NEGOTIATIONE***

***THE REMOVAL OF CONTRACTUAL ILLICIT PROFIT:
DISGORGEMENT AND COMMODUM EX NEGOTIATIONE***

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra, no âmbito do 2º ciclo de
Estudos em Direito, (conducente ao grau de Mestre)
na área de especialização em ciências Jurídico-
Civilísticas, com menção em Direito Civil, sob
orientação do Professor Doutor Paulo Mota Pinto.*

Pedro Henrique Aguiã
Coimbra 2020

Dois peixes novitos vão a nadar e, por acaso, cruzam-se com um peixe
mais velho,
a nadar na direção oposta, que os cumprimenta com um aceno na
cabeça e diz: “Bom dia, rapazes. Que tal a água?”
E os dois peixes novitos continuam a nadar durante um
bocado e, por fim, há um que olha para o outro e pergunta: “Que raio
é que é a água?”

David Foster Wallace, *A água é isto*, in *Uma coisa supostamente divertida que
nunca mais vou fazer*, Ensaaios, Quetzal, 2013.

AGRADECIMENTOS

Aos meus Pais, e à minha Irmã, a primeira palavra. Este trabalho segue consignado a eles, porque todos, ainda que munidos de ouvidos *desafinados* para a juricidade, sempre souberam escutar todas as minhas dúvidas e anseios.

Ao Senhor Doutor Paulo Mota Pinto, por todo o apoio prestado.

Aos meus Amigos, porque afinal, sem eles, a abstração exigida para este estudo não seria possível.

Ao meu *Lebenslangerschicksalschatz*, o Ariadne para o meu fio.

RESUMO

A remoção dos lucros ilícitos contratuais entronca no brocardo de que *ninguém deve poder lucrar com o seu próprio ilícito*. Este será o mote do nosso estudo e que, neste contexto, vem vivificá-lo.

São várias as matérias do Direito jurídico-privado que passamos em revista: começamos pelo modelo norte-americano da *análise económica do Direito* (AED), onde aludimos à famigerada teoria do *efficient breach of contract*. Seguimos o nosso texto com o estudo de duas ordens jurídicas: a inglesa e a norte-americana e perscrutamos diretamente as suas respostas para o problema *decidendi*, nomeadamente a questão polémica do *disgorgement* dos lucros. Curiosamente, enquanto no ordenamento jurídico inglês, tem-se vindo a sedimentar o *disgorgement* do ponto de vista da responsabilidade civil contratual, já no ordenamento norte-americano, o *disgorgement*, ainda que coligado ao contrato, assume preponderância no seio do *enriquecimento injusto*. Neste âmbito, rumamos inevitavelmente para o ordenamento jurídico português, onde desvelamos um possível instituto que encabeça similarmente o mesmo entendimento – o *commodum ex negotiatione*. Este detém a sua origem numa construção doutrinária alemã, consistindo num subtipo direto do instituto do *commodum* de representação, postulado no nosso ordenamento jurídico nos arts 794º e 803º do Código Civil. Terminamos com a junção entre estes dois possíveis instrumentos do Direito jurídico-privado que se encaminham, ainda que distanciados pelas suas respetivas *idiossincrasias*, pela mesma função.

PALAVRAS-CHAVE: contrato; lucros ilícitos; análise económica do direito; responsabilidade civil contratual; enriquecimento sem causa; cumprimento e não cumprimento das obrigações.

ABSTRACT

The *disgorgement of the contractual illicit profits* meets with the saying that no one should profit from their own illicit. This will be our study's motto and so, in this context, comes to vivify him.

There are many subjects of the private juridical law that we, in this study, pass on: we start with the model of the *economic analysis of law* (EAL), where we mention the known

theory of efficient breach of contract. We follow with the analysis of two juridical orders: the english and the north american, and we look directly into their answers to this problem, namely the polemic question of the *disgorgement* of profits. Curiously, while in the english juridical order, has been coming to *sediment* the *disgorgement* from the point of view of contractual liability, in the north american juridical order, the *disgorgement*, although still connected to the contract, assumes preponderance in the *unjust enrichment* law. In this scope, we sail, inevitably, to the portuguese juridical order, where we unveil a possible institute that steers similarly the same understanding – the *commodum ex negotiatione*. He holds his origin on a german doctrinal construction, consisting in a direct subtype of the institute of the *commodum* of representation, postulated in our juridical order in the articles 794° and 803° of the Civil Code. We finish with the junction of this to possible instruments of the private juridical law that follow, although drifted away by their respective *idiosyncrasies*, the same function.

KEY-WORDS: contract; illicit profit; economic analysis of law; contractual liability; unjust enrichment; performance and not performance of obligations.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AAF DL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
ADC – *Anuario de Derecho Civil*
AED – Análise Económica do Direito
AJCL – *American Journal of Comparative Law*
Art. – Artigo
BCE – Boletim de Ciências Económicas
BFD – Boletim da Faculdade de Direito
BGB- *Bürgerliches Gesetzbuch*
BGH - *Bundesgerichtshof*
BJE – *The Bell Journal of Economics*
BLR – *Brooklyn Law Review*
Cap. – Capítulo
CBLJ – *Canadian Business Law Journal*
CBLR – *Columbia Law Review*
CBR – *Canadian Bar Review*
CC – Código Civil
CCom – Código Comercial
CDADC – Código do Direito de Autor e Direitos Conexos
Cf. – Conferir
Cit – Citado
CLJ – *Cambridge Law Journal*
CLP – *Current Legal Problems*
CLR – *California Law Review*
CP – Código Penal
CPI – Código da Propriedade Industrial
CSC – Código das Sociedades Comerciais
DCFR – *Draft Common Frame of Reference*
DLJ – *Duke Law Journal*
Ed. – Edição
ELR – *Edinburgh Law Review*

Fasc. - Fascículo
FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
FLR – *Fordham law review*
GJ – *Global Jurist*
HLR – *Harvard Law Review*
i.e. – *Id est*
ID – Idem
ILR – *Indiana Law Review*
JCL – *Journal of Contract Law*
JLS – *Journal of Legal Studies*
LOYLALR – *Loyola of Los Angeles Law Review*
LQR – *Law Quarterly Review*
MDLR- *Modern Law Review*
MLR – *Michigan Law Review*
MULR – *Melbourne University Law Review*
MYLR – *Maryland Law Review*
n. – Nota
NYULR – *New York University Law Review*
OJLS – *Oxford Journal of Legal Studies*
OSLJ – *Ohio State Law Journal*
Org. – Organização
p./pp. – Página (s)
R2C – *Restatement Second of Contracts*
R3RUE- *Restatement Third of Restitution and Unjust Enrichment*
RDC – *Revista de Derecho Civil*
Reimp. – Reimpressão
RLR – *Rutgers Law Review*
ROA – Revista da Ordem dos Advogados
RTDCom – *Revue Trimestrielle de droit comercial et de droit économique*
RTLr – *Restitution Law Review*
SALJ – *The South African Law Journal*
SCLR – *Southern California Law Review*

SMULR- *SMU Law Review*

t. - Tomo

Tb. – También

TIL – *Theoretical Inquiries in Law*

TLR – *Texas Law Review*

UCLALR – *UCLA Law Review*

UCLR – *University of Colorado Law Review*

UCnLR – *University of Cincinnati Law Review*

UCP-PORTO – *Universidade Católica Portuguesa-Porto*

UTLJ – *The University of Toronto Law Journal*

v. - Volume

vd. – *Vide*

v.g – *Verbi Gratia*

VJIL- *Virginia Journal of International Law*

VLR- *Virginia Law Review*

W&LLR – *Washington & Lee Law Review*

WMLR – *William and Mary Law Review*

YLJ – *Yale Law Journal*

ÍNDICE

RESUMO.....	5
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	7
NOTA INTRODUTÓRIA.....	11
I. <i>LAW & ECONOMICS</i> , A ANÁLISE CONTRATUAL E UM (NOVO) “PREGO NO CAIXÃO”.....	13
II. O <i>DISGORGEMENT</i> DOS LUCROS NO INCUMPRIMENTO DO CONTRATO NA COMMON LAW.....	30
II.I. ORDENAMENTO JURÍDICO INGLÊS: O CAMINHO PARA A SECÇÃO 22.....	34
II.II. ORDENAMENTO JURÍDICO NORTE-AMERICANO: O CAMINHO PARA A SECÇÃO 39.....	46
III. A RESPOSTA DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: <i>COMMODUM EX NEGOTIATIONE</i> ?.....	57
IV. <i>DISGORGEMENT</i> E <i>COMMODUM EX NEGOTIATIONE</i>	95
NOTA CONCLUSIVA.....	99
BIBLIOGRAFIA.....	102

NOTA INTRODUTÓRIA

A questão da *remoção dos lucros ilícitos* não constitui propriamente uma novidade para o universo do Direito privado – o Direito não é alheio a essa problemática. A violação de direitos absolutos, nos quais se descortina a possibilidade de lucrar com a conduta ilícita, encontra respaldo em vários textos que se propõe tratar dessa questão. Já quanto à violação de direitos relativos, a questão assume-se pouco desvelada pela Doutrina: normalmente, as pretensões conferidas para a tutela jurídica do cumprimento e não cumprimento das obrigações chegarão para a conseqüente proteção dos direitos de crédito. *Quid iuris*, quando estas sejam insuficientes? Tornar-se-á lícito um lucro, benefício ou proveito direto daquele que viola um direito de crédito? O nosso *leitmotiv* é precisamente este: haverá algum instituto, no âmbito dos direitos de crédito, na qual decorram lucros advindos dos ilícitos praticados, em que o Direito *perscrutará* esses ganhos?

Esta é manifestamente uma zona cinzenta. Surge-se-nos um sem fim de possíveis respostas para o nosso problema: desde logo, a tutela mais premente da responsabilidade civil; há quem fale, ainda neste contexto, do instituto do enriquecimento sem causa. Tudo hipóteses a considerar. Nós falaremos de *disgorgement* – num exercício comparatístico com outras ordens jurídicas – e dum possível instituto que se encontra, embora quase esquecido, no “*centro da gravidade*” do regime do cumprimento e não cumprimento das obrigações: o *commodum* de representação – arts. 794º e 803º do CC – sendo o *commodum ex negotiatione* um subtipo deste e aquele que daremos mais ênfase.

Começamos, na parte I, pela *análise económica do Direito*, mormente a sua análise dos contratos. Tomamos de emprestado tais considerações jurídico-económicas porque cremos na relevância destas para o nosso projeto de estudo. Isto é, atendemos à teoria, muitas vezes propalada no seio jurídico dos contratos, do *efficient breach of contract*. Imbuídos neste exercício, contrastamo-lo com a hipótese diametralmente contrária que, como veremos, se adequará mais ao nosso sistema do direito privado.

Depois, na parte II, o *disgorgement*. O sentido jurídico do termo inglês significa a *remoção* de um lucro obtido ilicitamente: não se trata de uma *restituição*, de “*dar de volta*”, mas sim de entregar, de ceder aquilo que foi obtido nesse contexto. Não se trata dum “*give back*”; é um “*give up*”. Neste pressuposto, auscultando duas ordens jurídicas, a inglesa e a

norte-americana, atendemos de perto as respostas destas para o problema em causa, bem como, os mais recentes desenvolvimentos nesta matéria.

Na parte III, olhamos para o nosso ordenamento jurídico, com especial relevância para a secção do *cumprimento e não cumprimento das obrigações*, onde, como já referimos, poder-se-á encontrar um instituto capaz de amparar o desiderato a que nos propomos: o *commodum* de representação – o benefício da representação – na sua *faceta* de *commodum ex negotiatione* – o benefício da negociação.

Por último, na parte IV, encontramos o cruzamento das nossas considerações: *disgorgement* e *commodum ex negotiatione* unir-se-ão pelo mesmo propósito.

I. *LAW & ECONOMICS*, A ANÁLISE CONTRATUAL E UM (NOVO) “PREGO NO CAIXÃO”

O movimento iconoclástico da *Law&Economics* é constituído por uma corrente de pensamento que surgiu nos anos 60, em Chicago, nos Estados Unidos da América. Trata-se, efetivamente, de um conjunto de atores que impulsionaram esta *mobilização*: em 1960, com o artigo de COASE (sobre o custo social), em 1961, com o artigo de CALABRESI (sobre o risco na responsabilidade civil) e, mais tarde, já na década de 70, com os livros de CALABRESI e POSNER. Numa palavra, estes são os *founding fathers* que cunharam o movimento da análise económica do Direito¹.

¹ Compreenda-se que não podemos deixar de apontar uma referência biográfica, ainda que com poucas palavras, a determinados antecedentes que estiveram na base, embora de forma não intencional, para a alavancagem da análise económica do Direito (doravante, AED). Na verdade, foram vários os autores que, ao longo do tempo, não deixaram de reconhecer a importância da ciência económica às áreas jurídicas e que, por isso, fazemos aqui uma breve nota expositiva desse proémio que, indiretamente, veio determinar alguns aspetos fundacionais deste “grupo de Chicago”.

Recuemos ao século XVIII: na sua *magnum opus*, *The wealth of nations* (1776), Adam Smith reiterou alguns fatores que pudessem promover a eficiência da administração da justiça, como por exemplo, a imposição de custas judiciais, que promoveria um salutar sistema de justiça e que preveniria comportamentos corruptos; também neste século, importantes foram as considerações filosóficas do utilitarismo de Bentham, colimadas com a ideia de que os indivíduos são, por natureza, maximizadores da sua felicidade e do seu prazer e, nesse ensejo, partindo deste conceito hedonista, o sistema legislativo deveria produzir leis que acompanhassem e estimulassem esses axiomas, *vd.*, ROWLEY, CHARLES K, *An intellectual history of law and economics: 1739-2003*, pp. 5-8, in *The origins of Law and Economics, Essays by the founding fathers*, ed. PARISI, FRANCESCO/ROWLEY, CHARLES K, Edward Elgar, 2005. De qualquer forma, não obstante esta infusão de conceitos económicos para o estudo do Direito, através de um modelo de escolha racional, os autores não espelham um entendimento sistemático do movimento da AED, sendo, portanto, rigorosamente *antecedentes*, *vd.*, MACKAAY, EJAN, *History of law and economics*, p. 68 in *Encyclopedia of law and economics – The history and methodology of law and economics*, v. 1, Edward Elgar, 2000, org. BOUCKAERT, BOUDEWIJIN, DE GEEST, GERRIT.

A AED inscreve-se também nos anais da história do pensamento jurídico norte-americano, ainda que tão-só indiretamente. Oliver Wendell Holmes, proeminente jurista norte-americano do século XIX, veiculou uma visão pragmática do Direito, onde vem colocá-lo no campo das necessidades sentidas, *i.e.*, a abordagem de Holmes para com o Direito perspetivava-se no sentido de vê-lo como um meio para alcançar determinados fins sociais para os indivíduos e, por isso, as decisões judicativas deveriam ser decididas em função dos resultados que proporcionassem o maior bem-estar, *vd.*, MINDA, GARY, *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*, NYU Press, 1995, pp. 16-19 (disponível em www.jstor.org). Uma racionalidade finalística, funcionalista, instrumentalista e pragmática que colocava o Direito como intermediário para o alcance dos fins dos indivíduos, recorrendo-se não a uma lógica dedutivista de normas e princípios (rejeitando, assim, o formalismo de Langdell), mas sim à experiência (“*the life of law has not been logic; but experience*”, um dos aforismos mais conhecidos de Holmes). Essa experiência traduzir-se-ia na busca de uma inter-relação com outras ciências, designadamente, a Economia. Prova disso é o famosíssimo artigo publicado em 1897, *The path of the law*, onde desenvolveu a figura heurística do *bad man*. Este modelo imagético e binomial (em oposição ao *good man* – aquele que é dono de uma consciência moralista, “[que encontra as suas razões de conduta]”, cf. HOLMES, OLIVER WENDELL, *The path of the law*, HLR v. 110, p. 993) entronca numa ideia de consequencialismo, de calculismo racionalista (Será ele um calculador racional com um interesse próprio para a economia contemporânea? (...) Parece clarividente que o *bad man* corresponde a uma visão dos economistas calculadores racionais, utilizando o conselho jurídico para precificar o comportamento e consentindo com as normas de direito privado só quando o benefício para si

próprio desse consentimento exceder o custo, LUBAN, DAVID, *The bad man and the good lawyer: A centennial essay on Holmes's the path of the law*, v. 72, NYULR, 1997, p. 1571, ou, como o próprio Holmes incisivamente se refere“(...) aquele que se preocupa somente com as consequências materiais” in, *The path...cit*, p. 993. Há, efetivamente, uma certa similitude entre o pensamento de Holmes e o próprio movimento que se lhe seguiria 60 anos depois:“(...) o *bad man* é um homem racional – *homo law-and-economicus* – que trata as normas legais como preços de conduta, riscos como sanções a serem descontados pela probabilidade de execução, dados pela análise de custo-benefício. Nesta leitura, Holmes antecipa uma grande mudança (...) em concepções profissionais desde o caráter exemplar e confiança social para a esperteza instrumental”, vd., GORDON, ROBERT W., *Law as a vocation: Holmes and the lawyer's path*, p. 13, in *The path of the law and its influence, The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, org. BURTON, STEVEN J., Cambridge University Press, 2008.

Deste modo, Holmes é um antecedente tributário da AED porque instou a uma visão tecnocrata, utilitarista, em que os fins justificariam a assunção dos meios interdisciplinares para a realização do Direito. E a personificação dessas características desembocar-se-ia na figura prototípica e metafórica do *bad man*, espelho da amoralidade, da visão finalística e instrumentalista do Direito. Isto é, o *bad man*, visto como um ser solipsista, encaixa no padrão do *homo economicus*, porque é precisamente o tipo ideológico que o movimento da *Law&Economics* quis introduzir: alheado de considerações ético-moralistas e centrado no paradigma materialista de que todas as ações possuem um custo-benefício que deve ser atendido. No final do artigo epigramático do autor, percebemos que há uma identificação entre o *bad man* e o *homo economicus*, com uma certa presciência à mistura: “*for the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics*”, outro dos grandes aforismos de Holmes, in, *The path...cit*, p. 1001. Nesta senda, o que Holmes pretende ajuizar corresponde à ideia de que a Economia seria uma ciência coadjuvante do Direito de forma a, racionalmente “(...) aceder às regras para, em virtude, estar apto a prevê-las cientificamente, (via economia e estatística) os seus efeitos na prática, vd., LEITER, BRIAN, *Holmes, Economics and Classical Realism in, The path of the law and its...cit*, p. 302.

Daqui sucede que, não será de todo despiciente recordar que Holmes foi tb. um dos precursores do movimento do Realismo Jurídico norte-americano, que viria a surgir nos anos 20 e 30 do século XX. De facto, é importante ter presente que, de forma indireta, o Realismo Jurídico contribuiu, decisivamente, para a comunhão das ciências sociais e o Direito (“Nas mãos dos Realistas, o slogan “*law is a science*” tornou-se “*law is a social science*” GILMORE, GRANT, *The ages of the American Law*, Yale University Press, 2014, p. 130). Poder-se-á dizer até que Holmes foi o autor do mote para essa interseção, tendo sido ele próprio um *pré-realista*, embora tal não seja consensual ([...] enquanto Holmes foi certamente um importante precursor do Realismo legal americano, seria errado categorizá-lo diretamente como um inequívoco anti formalista), DUXBURY, NEIL, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 46. O que é certo é que o Realismo jurídico, ao trazer para o campo do Direito o estudo de certas disciplinas sociológicas, veio priorizar o estudo deste através da ação, da experiência e da subsunção, numa lógica mais objetiva e menos dedutiva. E, assim, criando um espaço jurídico para o crescimento de vários movimentos intelectuais que se lhe seguiriam, (“Voltando-se às ciências sociais, os assim chamados Realistas estavam a tentar envolver-se em muito mais do que uma reação contra o formalismo legal. Estavam a tentar também esculpir um futuro (...). Paradoxalmente, o realismo falhou e teve sucesso nesta tarefa. Falhou no sentido de que (...) os realistas eram, por uma larga medida, a favor de esposar, em abstrato, as virtudes das ciências sociais, invés de demonstrar especificamente como essas virtudes poderiam ter uma especial significância e validade para o estudo do Direito. Mas teve sucesso na medida em que a sua questão com as ciências sociais estabeleceu a agenda da jurisprudência norte-americana para o futuro. O realismo fez do estudo interdisciplinar um campo respeitável do Direito (...) O Realismo marcou o casamento das ciências sociais e o Direito”), *id*, p. 92. E agora, de forma mais clarividente, “Para a maioria dos realistas legais, a ciência social era realismo (...) As interseções primitivas entre a *Law&Economics* forneceram uma ilustração clara deste ponto”, *id*, p. 97.

Isto é, a abordagem jurídico-metodológica do Realismo, não obstante não haver um nexo de causalidade concreto (“Na literatura do realismo legal, mais ou menos qualquer ciência social – economia, psiquiatria, psicologia, qualquer uma – estava destinada a ser, de alguma forma, útil. A Economia era uma das ferramentas entre muitas. Não detinha nenhum *status* especial”), *id*, p. 301., possibilitou, de certo modo, o surgimento da AED (“Os realistas (...) influenciaram o crescimento da *Law&Economics*, mas apenas só indiretamente”), PRIEST, GEORGE L., *The rise of law and economics: a memoir of the early years*, in, *The origins of law and economics...cit*, p. 352.

Com efeito, há uma correlação entre os dois movimentos intelectuais: os teóricos da AED rejeitam a ideia de conceitos abstratos lógico-dedutivos, declinando portanto a ideia de um conceptualismo no Direito; promovem a ideia de que a análise legal se deve concentrar nas consequências sociais de cada norma e de cada decisão

Grosso modo, este movimento tem por base um paradigma, na qual se veem coletar todas as teorias avançadas pelos interlocutores. Esse paradigma corresponde ao *homo economicus*²: um Homem racional numa situação de escassez³. Num mundo onde os recursos são escassos e em que o *homo economicus* tem de decidir, através duma escolha que se crê racional, diante de várias alternativas, a melhor possível (leia-se, maximizando um resultado ótimo), o modelo agora descrito nada traz de novo, se tivermos presente que a Economia prende-se precisamente com o estudo do comportamento humano diante da relação entre as escolhas que fazemos (os fins) e os meios escassos que estão diante das nossas possibilidades⁴. A novidade reside em que, os partidários da AED, tendo em vista este mesmo modelo, partilharam entre si a crença de que tal paradigma poderia ser transposto, com estas mesmas lentes, para os vários campos do Direito. Por outras palavras, seguiu-se a metodologia de que todas as pessoas respondem a incentivos e, por sua vez, são guiadas a maximizarem racionalmente esses estímulos, de forma a obterem uma maior riqueza. Nessa senda, essa assunção poderá ser estendida a todas as áreas (com as ferramentas da microeconomia), onde se incluem os comportamentos fora do mercado (outrora não relegados ao escrutínio dos economistas), ou melhor dizendo, às várias áreas tradicionais do Direito⁵ (contratos, responsabilidade civil, crime...). Como? Basta que se

judicativo-decisória; rejeitam também a ideia de um sistema guiado por princípios axiológicos e regras morais, afirmando que todas as normas legais devem maximizar a riqueza social, num entendimento sopesado e balanceado pela dialética constante do custo/benefício de cada ação e decisão. Por conseguinte, e tendo presente este paradigma tecnocrata e consequencialista, a *Law&Economics* torna-se num exercício do *legal realism*, incorporando a lógica consequencialista propugnada pelos realistas, *vd.*, SINGER, JOSEPH WILLIAM, *Legal realism now*, v. 76, CLR, 1988 pp. 515-516.

Destarte, a AED inscreve-se no pensamento jurídico norte-americano, tendo presente o movimento intelectual realista e as suas consequentes influências futuras na segunda metade do século XX.

² O *homo economicus* traduz-se num ser que procede sempre de acordo com os princípios do cálculo económico, independentemente das circunstâncias históricas. Corresponde a uma entidade puramente teórica, concebida e programada para atuar sempre de acordo com os princípios de uma racionalidade económica (isto é, uma conduta que se traduz na observância de um princípio de máximo resultado). Daí que possamos afirmar que o *homo economicus* é um agente racional maximizador de utilidade, *vd.*, *in totum*, AVELÃS, ANTÓNIO NUNES, *Noção e objeto da economia política*, Reimp. 3ª ed., Almedina, 2014, pp. 121-133.

À semelhança do já aqui abordado sobre o *bad man*, como figura heurística, o *homo economicus* poder-se-á igualmente enquadrar como figura totalizadora de uma teoria que se quer explicitar. Dito doutra forma, tendo em conta esta construção teórica do *homo economicus*, este é *talhado, customizado*, para os problemas de natureza económica: “(...) uma mera suposição feita com o propósito de analisar os problemas económicos”, *vd.* MATHIS, KLAUS, *Efficiency instead of justice? Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law*, Springer, 2009, p. 14.

³ *Vd.*, MATHIS, KLAUS, *id.*, p. 7

⁴ A definição é de Robbins, *id.*, p. 7.

⁵ POSNER, RICHARD, *Economic analysis of law*, Wolter Kluwer, 2014, p. 4.

Entenda-se que a interseção entre o Direito e a Economia já tinha ocorrido na pré-*era Coasiana*, tendo em conta que os economistas já estudavam, por exemplo, o direito fiscal, o direito da concorrência: “Até recentemente, o Direito confinava o uso da economia para as áreas do *antitrust*, indústrias reguladas, Direito fiscal (...) esta

tenha presente que os *comandos normativos* sejam vistos como *preços*: A sabe que se tiver um acidente automobilístico com X terá que pagar uma indemnização; B sabe que se assassinar uma pessoa, terá de cumprir uma pena; C sabe que se não cumprir com o seu contrato, poderá vir a pagar uma quantia indemnizatória. Ora, como refere um adepto reconhecido deste movimento, a abordagem é que para estes indivíduos, as sanções são *preços implícitos* e esses mesmos preços podem servir como *guia* para se alcançar um comportamento socialmente desejável⁶.

Tendo presente este quadro jurídico-económico, somos capazes de compreender as variantes da AED: a análise positiva e normativa. A primeira, que é mais descritiva, prende-se com a análise de normas legais, realizando juízos de valor à luz dos conceitos económicos. Trata-se, no fundo, dum *comentário*, incidindo na dicotomia entre os efeitos daquela específica norma e o comportamento que as pessoas têm face àquela regra legal⁷. Diferentemente, a segunda, mais prescritiva, entende que todas as normas devem apontar para um único objetivo: a *eficiência* – uma ferramenta da microeconomia e talvez a métrica mais importante do movimento. Assim, a análise direciona-se aqui para a pergunta de como o Direito pode ser melhorado em termos de *eficiência*⁸. Sucede que, se uma norma não é eficiente, *rectius*, se não produz resultados eficientes, esta deve ser removida do sistema jurídico ou reformada, de modo a produzir *resultados eficientes*.

Por sua vez, o conceito de *eficiência* comporta várias abordagens. Focar-nos-emos nas “*conceções de Pareto*” e de “*Kaldor-Hicks*”, utilizadas pelos cultores deste movimento. Suponhamos que A decide vender o seu Ford e B deseja comprá-lo. A estabelece um preço de 10 mil, mas até estava disposto a aceitar uma oferta de 8 mil. Significa isto que A estaria numa situação melhor se vendesse o Ford entre os preços de 8 e 10 mil (corresponde à sua margem de *negociação*). Suponhamos agora que B lhe oferece 7 mil, mas até estaria disposto a oferecer 9 mil. Há um *encontro* de possibilidades – entre os 8 e os 9 mil. Qualquer quantia situada entre este intervalo faria com que os dois intervenientes estivessem num estado

limitada interação mudou drasticamente quando a *análise económica do Direito* expandiu-se para as áreas mais tradicionais do Direito, *vd.* COOTER, ROBERT, ULEN, THOMAS, *Law&Economics*, Addison-Wesley, 6ªed, 2010, p.1.

⁶ MICELI, THOMAS J, *The economic approach to law*, Stanford University Press, 2004, p. 1.

⁷ Alguns exemplos: uma maior moldura penal conseguirá deter um maior número de crimes? Uma mudança nas normas da responsabilidade civil extracontratual alterará o número de acidentes? A pena de morte reduzirá o número de homicídios? *vd., id.*, p. 2.

⁸ *Id.*, p. 2.

melhor do que aquele que estariam se fosse outra a proposta⁹. Portanto, um valor situado entre este hiato de preços produziria uma alocação de recursos designada por “*Pareto superior*”: pelo menos uma pessoa está melhor depois dessa alocação de recursos e ninguém está pior – produziria enfim um *resultado eficiente*. O problema encontra-se na própria lógica de Pareto. Funciona *eficientemente* para as transações entre duas pessoas, mas numa escala maior, ou seja, com mais intervenientes, o critério acabará por falhar, tendo em conta que alguém sempre ficará em pior estado. Diferente deste método, mais aprimorado, é o de “*Kaldor-Hicks*”, que advoga o entendimento de que o indivíduo que estiver em melhor posição terá de – hipoteticamente - poder compensar aqueles que ficam pior: suponhamos que A deseja comprar a casa de B, situada num lugar estratégico para se construir uma indústria têxtil, embora com graves prejuízos para os vizinhos. A oferece 100 mil, mas até está disposto a comprar a casa por 110. B, interessado também no negócio, pensa num preço a rondar os 115 mil, mas até estaria disposto a vender por 100. Por conseguinte, há uma margem, entre 100 e 110 que configurará um *resultado ótimo* tanto para A como para B (resultando numa melhoria de Pareto). Porém, aqueles vizinhos, terão vários problemas de poluição com a nova indústria e estimam um prejuízo na ordem dos 50 mil. Ora, para este critério funcionar, *i.e.*, para haver *eficiência*, basta que os ganhos de uns compensem a perda doutros (não quer dizer que o farão, estamos no plano *virtual*). E se efetivamente vierem a compensá-los, teremos também uma “*melhoria de Pareto*”: todos estarão em melhor estado e ninguém estará pior.

Sabemos então que a AED se estendeu, como já aqui o dissemos, às várias áreas do Direito. Entre elas, o Direito dos contratos¹⁰. Dentro da área dos contratos, os cultores do movimento avançaram com uma *teoria* que resulta, em parte, dos ensinamentos da *microeconomia* que aqui fomos falando nestas páginas precedentes, mormente no que concerne ao valor da *eficiência*. A teoria em causa – o *efficient breach of contract* – recolheu ainda outra influência, porém mais *primitiva*: o já propalado texto de HOLMES.

⁹ Vd. HARRISON, JEFFREY L, *Law and economics in a nutshell*, West Academy Publishing, 2005, p. 31.

¹⁰ O contrato assume-se amiúde, como um veículo de prossecução para a maximização de bem-estar, através da reunião, no seu seio, de transações comerciais, que veem concitar e despoletar no ordenamento jurídico uma dinamização da sociedade. Por inerência, não é, de todo, inesperado, que a AED se tenha estendido para o campo do Direito Contratual. Abordando esta ideia do *contrato* e de *bem-estar*, vd, ARAÚJO, FERNANDO, *Teoria económica do contrato*, Almedina, 2007, p. 45 e ss.

Quando nós analisámos o artigo “*The path of the law*” omitimos adrede uma parte do texto que versa sobre o dever de cumprir um contrato. Há uma citação recorrente deste artigo nos vários textos da matéria de *efficient breach*, que vale a pena ser aqui recordada como *antecâmara* para a nossa exposição da teoria. Em 1897, HOLMES escreveu: “*The duty to keep a contract means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else*”¹¹. Significa que, nesta sua lógica, e fazendo dela uma interpretação, o Direito não deveria incentivar o cumprimento dos contratos, só porque dessa forma agiria conforme uma determinada agenda moralista; deveria somente sancionar o incumprimento, postulando a sua devida indemnização¹².

Por outras palavras, HOLMES pretendeu veicular uma posição dualista, dicotómica, de tudo ou nada: o Direito dos contratos seria visto, pela lógica do jurista, como expurgado de toda a fraseologia impregnada com os ditames e conceitos morais que enformam o instituto do contrato, resultando, por isso, na fórmula crua e simplista de que aquele que não cumpre o contrato pode desvincular-se da sua promessa, pagando um determinado preço.

A teoria do *efficient breach of contract* entronca, portanto, numa extensão primitiva das palavras inovadoras (*ex nihilo*) e pouco ortodoxas do texto de Holmes¹³, tendo em conta o especial cunho que o texto surtiu na *lógica eficientista e materialista* da análise económica dos contratos.

Deste modo, torna-se mister traçar um fio condutor para a apresentação da teoria. Suponhamos que A pretende encomendar 100 prateleiras a B, empresário no ramo imobiliário. Celebram o contrato por um preço de 1000. B prevê um custo de produção de 5

¹¹ HOLMES, OLIVER WENDELL, *The path...cit*, p. 995. O autor continua e refere que: “se celebrares um contrato, tu és responsável a pagar uma soma compensatória, a não ser que o evento prometido passe, e isso é toda a diferença. Mas tal modo de olhar para esta matéria, *cheira mal* nas narinas daqueles que pensam que é vantajoso ter tanta ética no Direito quanto mais se puder”, *id*, p. 995.

¹² A questão é verdadeiramente disjuntiva: “De acordo com a interpretação tradicional, Holmes quis sugerir que o promissor, quando entra num contrato, não é obrigado a suportar o acordo promissório, mas sim tem uma escolha entre cumprir, por uma mão, e incumprir e pagar os danos, por outra”, *vd.* JIMENEZ, MARCO, *Finding the good in Holmes’s bad man*, v. 79, FLR, 2011, p. 2084. Ou, em termos mais *prosaicos*: “Simplesmente, Holmes queria um sistema legal que considerasse as violações do contrato (...) desapaixadamente e objetivamente sem uma coloração moral...”, *vd.* PERILLO, JOSEPH M., *Misreading Oliver Wendell Holmes on efficient breach and tortious interference*, FLR, v. 68, 2000, p. 1089.

¹³ “A moderna teoria do *efficient breach* é uma variação e uma sistemática extensão das ideias de Holmes sobre os *remédios* contratuais”, *vd.*, FRIEDMANN, DANIEL, *The efficient breach fallacy*, JLS, v. 18, n.1, 1989, pp. 1-2. No entanto, o Professor Perillo considera um mal entendido a ligação entre as palavras de Holmes sobre o contrato, *i.e.*, a sua interpretação e a teoria do *efficient breach*, referindo que Holmes, apesar de cético em relação ao papel da moralidade no Direito, nunca chegou a desenvolver um vocabulário onde alijasse por completo o papel da moral, *vd.* PERILLO, *Misreading...cit*, p. 1090.

por cada prateleira, sendo a margem de lucro igualmente de 5. De igual forma, B é o único empresário no ramo imobiliário daquela zona, que fabrica com um determinado tipo especial de madeira e por um preço razoável. Porém, sucede que C, terceiro, passado três dias da celebração do contrato, pede a B que produza também 100 prateleiras para a sua nova loja que abrirá na semana seguinte, estando disposto a pagar-lhe uma quantia superior ao preço comumente praticado pelo carpinteiro, oferecendo-lhe 1500. Verdadeiramente, trata-se de uma oportunidade de negócio para B, tendo em conta a atratividade aliciante da proposta de C e o lucro adicional que poderá realizar com essa nova proposta. Todavia, B já tinha acordado com A, atendendo ao contrato que celebraram antes da nova proposta. Deverá B comunicar a A que não irá cumprir o contrato e celebrar um novo contrato com C?

Este é um exemplo típico que os proponentes da teoria do *efficient breach* explanam (uma maior oferta por parte de um terceiro, alheio a um negócio inicialmente celebrado com outras partes). De acordo com a teoria, B (que é, de acordo com a teoria, uma pessoa racional que é influenciada por incentivos que possam vir a maximizar a sua riqueza, leia-se, lucros) deverá incumprir o contrato inicialmente celebrado, desde que, *ex post*, num momento futuro, possa *virtualmente* efetuar o pagamento de indemnização a A (colocando-o na situação em que estaria se o contrato fosse cumprido¹⁴) e ainda obter um lucro líquido adicional resultante do segundo contrato¹⁵. Quer isto dizer, à luz do conceito económico de

¹⁴ A AED aproximou-se da taxinomia tripartida de Fuller e Perdue, dos “*interesses contratuais*”. Estes autores, num artigo publicado em 1936, divisaram três tipos de interesses: o *restitution interest*, que tem como escopo a prevenção de um ganho obtido através dum incumprimento, de forma a ser evitado o enriquecimento sem causa; o *reliance interest*, ou o interesse na confiança, que visa fazer face aos danos que se incorreram pela confiança gerada na contraparte (*interesse contratual negativo*, se seguirmos a métrica *iheringniana*) e, por fim, tendo sempre como máxima a ideia de que “o incumprimento de uma promessa gera no credor um sentimento de dano”, o *expectation interest*, o valor de expectativa criada com o contrato (ou *interesse contratual positivo*) – uma compensação, *vd*, FULLER, L.L., PERDUE, WILLIAM, *The reliance interest in contract damages*, YLJ, v. 46, 1936, p. 53-57.

¹⁵ Sabemos então que a teoria, manifestamente, incita a um encorajamento ao não cumprimento, desde que, *conditio sine qua non*, ele se mostre *eficiente*. A teleologia do postulado é *simples*: os recursos devem estar disponíveis para aqueles que estão dispostos a pagar mais por eles (atingindo-se assim uma *eficiente alocação*, com a consequência direta duma *melhoria* de bem-estar geral). Entendido nestes termos, se repararmos, o “*remédio*” em causa estará, por sua vez, umbilicalmente ligado à prossecução do “*não cumprimento eficiente*”: é mediante a medida da indemnização projetada que o devedor fará o seu exame tecnocrático e instrumentalista do binómio cumprir-não cumprir. Quer isto dizer, o não cumprimento é *eficiente* quando, numa dada análise económica, certo “*remédio*” propugna uma determinada quantia de indemnização, num montante exato que preencha os resultados de “*Pareto*” ou de “*Kaldor-Hicks*”.

De facto, já em 1970, BIRMINGHAM – um dos primeiros autores a escrever sobre a teoria (embora só mais tarde tenha aparecido cunhada como *efficient breach of contract*) – afirmava que o repúdio das obrigações deveria ser encorajado, desde que o devedor pudesse lucrar com o seu incumprimento e pudesse compensar a sua contraparte, caso contrário, exigindo-se uma medida indemnizatória além do “*interesse contratual positivo*” [ou *expectation interest*], tal corresponderia a um *desencorajamento* da eficiente realocação dos recursos da comunidade, *vd*, *Breach of contract, damage measures and economic efficiency*, v. 24, RLR, 1970, p. 284.

bem-estar, ele estará numa *posição melhor* do que estaria se fosse obrigado a cumprir o contrato com A, ou seja, em contraposição à situação que estaria se tivesse cumprido o primeiro contrato¹⁶. E, em termos de *eficiência*, trata-se efetivamente de um *não cumprimento eficiente*: se nos lembrarmos dos critérios económicos que medem a *eficiência*, facilmente entender-se-á que, em primeiro lugar, trata-se duma “*melhoria de Pareto*”, porque uma das partes ficou numa situação melhor (neste caso, B) e nenhuma ficou pior (neste caso, A, se tivermos em conta a indemnização que receberá, ficando portanto numa situação *neutra*) e, em segundo lugar, se atendermos ao critério menos rigoroso de “*Kaldor-*

Ora, como nos elucida Shavell, o ideal seria um “*contrato completo*”, *i.e.*, um acordo que especificasse as obrigações das partes em cada circunstância ou contingência. Tal seria, de acordo com a “*regra de Pareto*”, *eficiente*, porque as partes, para cada tipologia de acontecimento, teriam estipulado as suas consequências e feito uma divisão do risco de tal forma que as duas estariam numa *melhor posição* ou, pelo menos, nunca *pior*. Por exemplo, teriam previsto a hipótese de um terceiro oferecer uma quantia maior para o produto que estava a ser transacionado e, assim, precaver-se-iam contra essa contingência. Todavia, sabemos que os contratos completos são uma veleidade, (“[...] a elaboração e a execução de um contrato tende a tornar-se mais dispendiosa quanto mais extensos são os riscos que se pretendem recobrir”, *vd.* ARAÚJO, FERNANDO, *Teoria...cit.*, p. 149): primeiro, porque a realidade é sempre maior que a previsão contratual das partes e, em segundo, por causa dos custos de transação, ou seja, por exemplo, os custos de (re)-negociação do contrato (*vd.* n. 28).

Portanto, a completude do contrato é inalcançável; a incompletude do contrato é uma inevitabilidade. O nosso próprio CC reconhece isso, ao postular regras como a alteração das circunstâncias e a impossibilidade superveniente, *vd.* ARAÚJO, FERNANDO, *id.* p. 156. Ora, porque assim é, as partes estão sob a égide do “*remédio*” que seja aplicável ao caso concreto: será a pretensão em causa que decidirá o nível de confiança (*rectius, reliance*, entendida como as ações levadas a cabo antes do cumprimento e tendo-o em vista) que uma determinada parte incorrerá; será essa pretensão que acabará por influenciar a decisão de cumprir ou não o contrato. A demanda dos partidários da AED é precisamente encontrar a regra que potencie o maior resultado em termos de *eficiência* ou em termos de “*maximização dos lucros*”. De acordo com os resultados de Shavell, uma regra de *expectation interest* produzirá um maior nível de confiança na parte que acha que haverá incumprimento ou, pelo contrário, se for ela a incumprir, incorrerá num nível apropriado de confiança. Em geral, o *expectation interest* produz resultados mais eficientes do que o *reliance interest*, não contando com outras condicionantes (por exemplo, a aversão ao risco das partes), *vd.* *Damage measures for breach of contract*, BJE, v.11, n.2, 1980. Podem, todavia, existir condicionalismos (além da aversão ao risco, a reputação, a hipótese de renegociação do contrato, *vd.* KORNHAUSER, LEWIS A., *An introduction to the economic analysis of contract remedies*, UCLR, v. 57, 1986) que tornarão uma regra de *expectation interest*, em certos casos, como não produzindo “*resultados eficientes*” (não obstante, na maior parte dos casos, ser o que mais se aproxima da *eficiência* de um “*contrato completo*”, *i.e.*, da divisão tripartida dos interesses em causa, o *expectation interest* é o que melhor promove a posição indiferente que o credor ficará depois de receber a indemnização). Encontramos o mesmo problema em regras *ultracompensatórias*, como pode ser o caso de uma regra de *specific performance* ou uma regra de *liquidated damage* (uma cláusula penal, por exemplo) ou ainda uma regra de “*ablação do lucro contratual*”, nomeadamente o *disgorgement*, como veremos *infra*. Todas estas poderão prevenir e deter o incumprimento dum contrato, mesmo em casos em que a *eficiência* dite o não cumprimento, *vd.* CRASWELL, RICHARD, *Contract, remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach*, SCLR, v.61, 1988.

¹⁶ No fundo, produz-se um resultado agregado melhor, quando comparado e àquele esperado com o primeiro contrato: A recebe uma indemnização pelo não cumprimento do contrato e B detém um lucro adicional. O *efficient breach* acaba sempre por induzir um resultado superior (face ao cumprimento do primeiro contrato) de riqueza gerada: “induz um resultado superior de execução, dado que uma parte recebe os mesmos benefícios que o cumprimento lhe proporcionaria e a outra fica numa posição ainda melhor”, *vd.* GOETZ, CHARLES J., SCOTT, ROBERT E., *Liquidated damages, penalties, and the just compensation principle: Some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach*, CBLR, v. 77, n.4, 1977, p. 558.

Hicks”, este será considerado um “*não cumprimento eficiente*”, porquanto, *virtualmente*, B detém a possibilidade efetiva de compensar as perdas que A terá eventualmente com o incumprimento.

Descortina-se, em todo o caso, outro tipo de incumprimento que importa aqui aquilatar: o *opportunistic breach of contract*. Neste, ao contrário do *efficient breach*, e embora consubstanciando igualmente um incumprimento voluntário, há uma parte que visa obter mais do que aquilo que acordou no contrato e à custa da contraparte. Posner dá-nos um exemplo: A paga a B para este lhe fornecer determinados materiais e B usa esse dinheiro adiantado para construir uma piscina¹⁷.

O *opportunistic breach* não é eficiente: diversamente do *efficient breach*, onde há uma criação de riqueza com um segundo contrato, através da indemnização ao lesado e do maior lucro do lesante, neste caso há uma “*redistribuição inigualitária*” da riqueza, sendo que o oportunista pretende somar todos ganhos e evitar todas as perdas. Isto é, não há a criação de um excedente e, por inerência, há uma “*ineficiência de Pareto*”¹⁸.

Por consequência, o *expectation interest* não é suficiente para deter este tipo de comportamentos. POSNER cedo percebeu que seria necessária uma regra que fizesse face aos lucros obtidos *cinicamente* com a conduta de má-fé do oportunista. E, tendo em conta este panorama, cogita-se hoje, neste seio, uma regra de *disgorgement* ou de remoção dos lucros obtidos com o incumprimento do contrato¹⁹.

¹⁷ Posner afirma que o objetivo do direito contratual passa tb. por deter estes comportamentos oportunistas (sendo um comportamento oportunista aquele que um indivíduo age de forma manipuladora para obter um maior lucro ou, coloquialmente, uma “*maior fatia de um bolo já previamente dividido*”, vd, PERLSTEIN, BARRY, *Crossing the contract-tort boundary: an economic argument for the imposition of extracompensatory damages for opportunistic breach of contract*, BLR, v. 58, 1992, p. 879) de forma a evitar medidas ultracompensatórias, vd, POSNER, RICHARD, *Economic...* cit, p. 97. De todo o modo, o autor questiona qual será a medida mais eficiente para colmatar este aproveitamento da vulnerabilidade da contraparte. E é curioso que o autor perfilhe uma regra de “*remoção dos lucros*” advindos da parte contratual que está de má-fé e não tão-só uma regra de *expectation interest*. Posner refere que, se uma parte contratual incumpre o contrato de forma a conseguir uma vantagem, um remédio atrativo é a restituição, ou seja, podemos deter a conduta dessa parte se lhe retirarmos os lucros advindos do segundo contrato, *id*, p. 129. De certo modo, POSNER demonstra que há certos incumprimentos que são “*moralmente repreensíveis*”. A incredibilidade perante este desfecho é compreensível: porque é que o *opportunistic breach* deve ser sancionado mais severamente do que o *efficient breach*? Isto é, porque é que o *opportunistic breach* parece ter uma conotação moral a ser sancionada pelo ordenamento jurídico e o *efficient breach* não? Vd., FRIEDMANN, DANIEL, *The efficient...*cit, p. 4, vd, n. 28. Na nossa doutrina, sublinhe-se que tb. se condenam estas margens de oportunismo que podem ocorrer no “*incumprimento eficiente*”, vd, ARAÚJO, FERNANDO, *Teoria...*cit, p. 747.

¹⁸ Cf. PERLSTEIN, BARRY, *Crossing...*cit, p. 880. No mesmo sentido, DODGE, sustentando que o oportunismo consome a riqueza existente, vd, *The case for punitive damages in contracts*, DLJ, v.48, 1999, p. 654.

¹⁹ Vd. ponto 3, onde exploraremos a figura do *disgorgement*. Previamente, importa tão-só alvitar que o *disgorgement* não é uma sanção que esteja tradicionalmente disponível no universo da *Common Law* para o

De facto, e no que concerne ao *opportunistic breach*, foi consagrado, no R3RUE, no ordenamento jurídico norte-americano, uma regra de *disgorgement* para casos de incumprimento oportunista do contrato²⁰. Quer isto dizer, este novo *Restatement* veio autorizar que o *lesado* duma relação contratual, derivado de um incumprimento – neste caso, oportunista – tenha o direito de remoção dos lucros que o devedor realizou com o não cumprimento das suas obrigações contratuais²¹. Isto é, há um benefício que se retira do

incumprimento do contrato. O primeiro marco decisivo para a mudança deste paradigma resultou do caso *Attorney General v. Blake* e, mais recentemente, a secção 22, no ordenamento jurídico inglês, enquadrada no novo *Restatement* dos contratos, e a secção 39, no ordenamento jurídico estadunidense, do também novo *Restatement Third: restitution and unjust enrichment* (doravante, R3RUE), *vd*, ROBERTS, CAPRICE L., *A Commonwealth of perspective on restitutionary disgorgement for breach of contract*, v. 65, W&LLR, 2008, p. 947.

²⁰ Podemos ler, na secção 39 do respetivo *Restatement*, o seguinte: Lucro derivado de um incumprimento oportunista:

- (1) Se o incumprimento do contrato é material e oportunista, o promissário credor tem o direito à restituição do lucro realizado pelo promitente devedor como resultado do incumprimento. A responsabilidade pela restituição com o *disgorgement* do lucro é uma alternativa à responsabilidade pelos danos contratuais medidos pelo dano do credor;
- (2) Um incumprimento é oportunista se:
 - (a) O incumprimento é deliberado;
 - (b) O incumprimento é lucrativo pelo teste da subsecção 3 e;
 - (c) O direito do promissário de ser indemnizado pelo incumprimento sustentar uma inadequada proteção dos seus direitos contratuais. Ao determinar a adequação dos danos para este propósito,
 - (i) Os danos são normalmente um adequado remédio se eles puderem ser usados para adquirir uma total equivalência da execução da promessa numa transação de substituição; e
 - (ii) Os danos são normalmente um inadequado remédio se eles não puderem ser usados para adquirir uma total equivalência da execução da promessa numa transação de substituição.
- (3) O incumprimento é “lucrativo” se resultar em ganhos para o devedor promitente (valor líquido da potencial responsabilidade dos danos) maiores que este teria realizado pelo cumprimento do contrato. Lucros do incumprimento incluem despesas poupadas e ganhos consequenciais que o promitente devedor não teria realizado se não fosse o incumprimento. O montante dos lucros tem de ser provado com uma certeza razoável.
- (4) *Disgorgement* da regra desta secção será negado:
 - (a) Se o acordo das partes autorizar o promissor a escolher entre a execução do contrato e um remédio alternativo como o pagamento de uma cláusula penal; ou
 - (b) À extensão de que o *disgorgement* resultaria numa inapropriada vantagem para o promissário ou, por outro lado, seria desigual num caso particular.

²¹ É importante, desde logo, sublinhar que não estamos sob uma sanção do incumprimento contratual, mas sim, do “enriquecimento *sem causa*”. O acesso ao *disgorgement* não é pela via contratual, mas sim pela via do “enriquecimento injusto”, desenvolvido por este novo *Restatement*, *vd*, ROBERTS, CAPRICE, *Restitutionary disgorgement for opportunistic breach of contract and mitigation of damages*, v. 42, LOYLALR, 2008, p. 135. O próprio redator deste *Restatement* reconhece que estamos a tratar duma novidade e que o direito contratual tradicional norte-americano não reconhece nenhuma regra que identifique os casos nos quais o *disgorgement* corresponde a uma apropriada sanção para o incumprimento. Notavelmente, a secção 39 não encontra qualquer par, nem no primeiro ou segundo *Restatement of contracts*. Kull, o redator, justifica-se, dizendo: “uma maior atenção da doutrina a esta questão nas recentes décadas levou a uma aceitação geral da premissa de que o *disgorgement* nestes casos corresponde a uma “*responsabilidade pelo enriquecimento sem causa*”, e isso é apropriado – num certo tipo de casos limitados – para tratar um deliberado e lucrativo incumprimento do

incumprimento contratual e que a Lei entende que esse, porque obtido cinicamente, deve ser transferido para o credor. Há, de certa forma, duas intenções inteligíveis da secção 39: a primeira e a mais objetiva corresponde ao caráter ablatório, de remoção de um lucro obtido à custa do incumprimento do contrato e, porque assim é, o ganho consequencial deve pertencer ao *accipiens lesado*. A norma concede uma autorização efetivamente revolucionária porque não atende à esfera jurídica do credor, *olhando* para a sua perda²², mas sim à esfera jurídica do *lesante*, focando-se no seu *ganho*, e visando nivelar uma balança desequilibrada através do instrumento do *disgorgement*. A segunda intenção que decorre da secção 39 corresponde a uma *constricção* ao cumprimento (não oportunista).

O redator americano redige um apelo para a manutenção do contrato, enveredando por um caminho de incentivo ao seu cumprimento. Não quer dizer que, com esta regra, não haja incumprimentos, mas certamente, desencorajará quaisquer tentativas oportunistas²³ e lucrativas, forçando eventualmente uma renegociação do contrato²⁴.

Ora, a colisão do *disgorgement* com a teoria do *efficient breach* é, por demais, perceptível. E aqui reside o nosso *punctum saliens*. Se, por um lado, temos um incentivo ao cumprimento, retirando-se quaisquer “*eventualidades lucrativas*” do *panorama jurídico-*

contrato” *vd.* KULL, ANDREW, *Reporter’s note*, p. 29 *apud* ROBERTS, CAPRICE, *Restitutionary disgorgement as a moral compass for breach of contract*, v. 77, UCnLR, 2009 p. 1002.

²² Há um afastamento do paradigma contratual, do princípio compensatório do contrato, *vd.* ROBERTS, CAPRICE, *A Commonwealth...cit*, p. 951, com o prejuízo de que, embora o credor possa recuperar o lucro que o devedor realizou, esse mesmo lucro poderá ter um valor maior do que o próprio valor da execução do contrato. Daqui decorre a consequência evidente de que o *disgorgement* visa deter comportamentos contratuais oportunistas ou, de um ponto de vista *retributivo*, punir uma conduta moralmente censurável, *vd.* ROBERTS, CAPRICE, *Restitutionary disgorgement as a moral...cit*, p. 1004. Não obstante ser esta uma visão bastante difundida, o redator defende que não se trata de uma *sanção punitiva*, porque o *disgorgement* “opera para fazer o incumprimento não lucrativo, mas não pune o incumprimento requerendo o confisco de todos os lucros da transação” *vd.* KULL, ANDREW, *R3RUE*, §39, p. 20 *apud* ROBERTS, CAPRICE, *id.*, p. 951.

²³ Nós vimos que a definição de oportunismo era um pouco evanescente, isto é, não havia uma uniformização, uma concretização, dentro do léxico do contrato, do que consistia o oportunismo. Com esta nova regra, o redator forneceu-nos um *cerceamento balizador* do conceito. Sabemos então que uma atitude oportunista, no seio da vigência contratual, corresponde a uma intenção deliberada de não cumprimento do contrato, corresponde a um auferimento de um benefício que se traduz num ganho para o devedor (e maior do que aquele que auferiria com o cumprimento) e ainda, *a contrario*, não caberá dentro do oportunismo, se o credor detiver outra forma de ser indemnizado, pela via contratual. Como aponta o Professor Perillo, este último requisito está diretamente relacionado com a hipótese de o demandante poder ter a hipótese de optar pela *specific performance*, não partindo imediatamente para o *disgorgement*, *vd.* PERILLO, JOSEPH M, *Restitution in a contractual context and the restatement (third) of restitution & unjust enrichment*, v. 68, W&LLR, 2011, p. 1025.

²⁴ Kull refere que o propósito desta regra não é meramente frustrar a consciência dos devedores, mas reforçar a estabilidade do contrato, promovendo a habilidade das partes para a renegociação, *vd.* KULL, ANDREW, *R3RUE (Tentative Draft, n. 4, 2005) apud* ROBERTS, CAPRICE, *Restitutionary disgorgement for...cit*, p. 148. A autora também refere que ao figurarmos a formalização deste remédio estamos necessariamente a trazer um passo moral que encoraja a manutenção de promessas e detém conscientemente o processo de ter “*uma vantagem sem perguntar*”, ROBERTS, CAPRICE, *Restitutionary disgorgement as a moral...cit*, p. 996.

contratual, por outro lado, é essa mesma “*eventualidade lucrativa*” que preenche o sentido de toda a teoria do *efficient breach*; se, por um lado, há um incentivo ao cumprimento duma promessa e que isso tem uma conotação moralista, por outro a teoria do *efficient breach* está eivada de considerações *holmesianas* amoralistas e utilitaristas. São duas racionalidades que o ordenamento jurídico norte-americano produziu e que são incongruentemente opostas entre si: uma pelo encorajamento, outra pelo desencorajamento ao cumprimento, cada uma com as suas nuances. Todavia, importa não esquecer, em termos de sinonímia, o *efficient breach* não corresponde ao *opportunistic breach*, embora partilhem como escopo ontológico a realização de um benefício. Isto é, a secção 39 não vem diretamente dirimir o *efficient breach*²⁵, mas sim, sancionar o comportamento daqueles que fazem duma promessa, uma oportunidade para o logro.

Se, porventura, equacionássemos uma regra de *disgorgement* ao nosso tradicional exemplo do *efficient breach*, *i.e.*, se B não cumprisse o contrato com A e acedesse à segunda proposta contratual, teria um lucro de 1000²⁶. Esses 1000, sob uma regra de *disgorgement*, e atendendo aos requisitos daquela secção, seriam entregues ao A, tendo em conta o hipotético incumprimento contratual de B. Com uma regra de *disgorgement* há, efetivamente, um desincentivo ao não cumprimento: B, neste caso, sabendo que existiria esta regra, sabendo que teria que entregar o excedente do lucro que iria perfazer com a proposta mais aliciante, seria constrangido a cumprir com as suas obrigações do primeiro contrato. Por conseguinte, uma regra de *disgorgement* seria facilmente apodada de ineficiente, porque procuraria internalizar todos os custos no devedor, incluindo o ganho feito com o segundo contrato²⁷. Mas não é forçoso que seja esse o resultado. Dependerá da

²⁵ *Vd.* ROBERTS, CAPRICE, *Restitutory disgorgement as a moral...cit*, p. 1020. A autora reconhece a dissemelhança entre o *efficient* e o *opportunistic breach*, mas não deixa de reconhecer e salientar o facto de a restituição pelo *disgorgement* poder tornar-se num “prego no caixão do *efficient breach*”.

²⁶ B teria um lucro de 500 euros, porque por cada prateleira que constrói, tem um custo de 5 euros. Logo, a margem de lucro, o seu *surplus*, é de 500. Mas, se tivermos em conta a nova proposta contratual, por parte de C, de 1500, pelas mesmas 100 prateleiras, o *surplus* de Bernardo aumentará mais 500 euros, obtendo, portanto, o lucro de 1000.

²⁷ Se repararmos, a potencial *perfeita compensação* através do *expectation interest* visa colocar o credor numa posição de *indiferença*, entre o cumprimento do contrato e os danos causados pelo incumprimento, sendo que é o próprio devedor que internalizará o custo desse incumprimento. Se ainda ficar com um excedente dessa *externalidade*, é porque a teoria resultou e a eficiência atingiu-se. Uma regra como o *disgorgement* visa precisamente *atacar* esse excedente, ficando o devedor obrigado a entregar o lucro ao credor. Ora, o potencial *perfeito disgorgement* é atingindo quando o devedor (e já não o credor, sublinhe-se) é colocado também numa posição de *indiferença*: para este, é indiferente cumprir ou não cumprir e ser obrigado ou não a entregar os lucros conseguidos com o segundo contrato. Ou seja, a perfeita compensação e o perfeito *disgorgement* são idênticos, com os papéis de credor e devedor trocados, *vd.* COOTER, ROBERT, ULEN, THOMAS, *Law&Economics...cit*, p. 320.

Todavia, compreenda-se que, ao contrário do *expectation interest*, que promove um *incentivo* para o cumprimento só quando ele se evidencie como *eficiente* e maximize a riqueza social, uma eventual regra de *disgorgement* - estendida a todos os não cumprimentos - redundaria num maior *incentivo* para o devedor cumprir com o contrato, mesmo quando todos os modelos jurídico-económicos abonassem no sentido contrário, *vd*, KLASS, GREGORY, *Efficient breach*, p. 366 in *Philosophical foundations of contract law*, org., KLASS, GREGORY, LETSAS, GEORGE, SAPRAI, PRINCE, Oxford University Press, 2014.

Daí a possível *ineficiência* desta regra. Entenda-se: é inegável que uma regra como o *disgorgement* venha produzir um resultado muito próximo da promoção ao cumprimento, mas também é verdade, note-se, que poderá produzir um incentivo para as partes aporem, num hipotético contrato completo, uma cláusula deste tipo, principalmente nos contratos em que as partes preveem um grande risco de sofrerem um dano não compensável, designadamente um *dano não patrimonial*, *vd*, O'DAIR, RICHARD que fornece o exemplo de uma companhia aérea que vende um lugar comprado por um passageiro a um terceiro, com uma margem de lucro maior, in *Restitutionary damages for breach of contract and the theory of efficient breach: some reflections* v. 46, CLP, 1993, p. 125.

Recentemente, tem-se até defendido que a regra do *disgorgement* pode *maximizar* igualmente a eficiência económica. Por exemplo, esta seria fácil de administrar, por parte do tribunal, porque a *ratio* inculcada com o *disgorgement* é de fácil e evidente verificação: aquilo que o *solvens* ganhou com o incumprimento. Nestes moldes, as “*assimetrias informativas*” seriam menores do que, por exemplo, quando o tribunal inquirisse sobre a expectativa do credor: enquanto esta última é subjetiva, sendo uma informação privada, o *disgorgement* seria mais objetivo, tendo como resultado que as partes pudessem prever, com mais exatidão, o que iria ser ordenado, *vd*, THEL, STEVEN, SIEGELMAN, PETER, *You do have to keep your promises, A disgorgement theory of contract remedies*, WMLR, v. 52, 2011, pp. 1224-1225.

capacidade das partes em renegociarem o contrato e dos custos de transação dessa renegociação²⁸. E, conseqüentemente, depende da não criação de um “*monopólio bilateral*” que as confine a uma (re)-negociação sem fim²⁹.

²⁸ O teorema de Coase ensina-nos que, num mundo sem custos de transação – num mundo *coasiano* – os direitos acabariam sempre na mão de quem estaria disposto a pagar mais por eles. Isto é, sem custos de transação, com perfeita informação entre duas partes, sem burocracias, sem custos de litigação, estas conseguiriam facilmente encontrar uma solução para o seu problema e, assim, atingir uma *eficiência económica*. Isto quer dizer que, de acordo com os critérios de Coase, quando o direito é “*bem definido*” e os custos de transação equivalem a zero, as partes conseguirão atingir uma melhor alocação de recursos, *vd*, MARCIANO, ALAIN, RAMELLO, GIOVANNI BATTISTA, *Encyclopedia of law and economics*, Springer, 2019, pp. 238 ss. Todavia, esta *realidade Coasiana* é utópica: existirão sempre custos de transação. Porque assim é, o ónus encontra-se do lado da Lei – por exemplo, a Lei promoverá ou não uma maior *eficiência* entre o contrato das partes, quanto mais evitar, através de uma determinada regra jurídica, que haja “*custos de transação*” entre elas (porque sabemos do teorema que estes custos desempenham um papel inegável na alocação dos recursos). Ora, analogicamente, neste caso concreto, estamos a discutir a possibilidade duma regra de *disgorgement*, onde o aparente incentivo dado às partes é o cumprimento dos contratos. Se é certo, por um lado, que esta regra pode potenciar os “*custos de transação*” (Coase, certamente, não aprovaria o *disgorgement*), por outro lado, não é forçoso que tal assim aconteça. Em primeiro lugar, porque pode haver uma redução de litígios, tendo em conta o desencorajamento que o *disgorgement* pode provocar em relação a comportamentos oportunistas que, quando comparado com a regra da *expectation*, esta incentivaria esses comportamentos, *vd*, DELONG, SIDNEY, *The efficiency of disgorgement as a remedy for breach of contract*, v. 22, ILR, 1989, p. 750. Por outro lado, se os custos de transação forem baixos, ou melhor dizendo, se o custo de renegociar o contrato entre as partes for reduzido, as partes poderão conseguir um acordo na qual o lucro em causa seja dividido e nenhuma das partes fique a perder, *vd*, SMITH, LIONEL, *Disgorgement of the profits of the breach of contract: property contract and efficient breach*, v. 24, CBLJ, 1994, p. 134.

Da mesma forma, LIAO, WENQING, reconhecendo que, não obstante o *disgorgement*, claramente, se assuma como uma forma inquestionável de detenção dos incumprimentos, esvaziando por completo o valor de qualquer incumprimento potencialmente lucrativo, tal não significará, contudo, que estejamos perante uma ineficiência cabal. O que pode acontecer é que as partes, perante a regra de *disgorgement*, venham a renegociar o contrato, isto é, como a autora refere, se estiver disponível uma condição de renegociação *ex-post* sobre a alocação dos lucros, *vd*, *The application of the theory of efficient breach in contract law, A comparative law and economics perspective*, Intersentia, 2015, p. 113. Nomeadamente, por exemplo, os custos de transação serem menores do que um hipotético processo litigioso, *vd*, POLINSKY, A. MITCHELL, SHAVELL, STEVEN, *Handbook of law and economics*, Vol. 1, Elsevier, 2007, p. 116.

²⁹ O “*monopólio bilateral*” que uma regra como o *disgorgement* causaria prende-se com o facto de que as partes, ao renegociarem o contrato, possam estar *presas* aos valores/benefícios que querem retirar desse mesmo contrato (um “*preço de reserva*”), gerando-se custos de transação proibitivos. Supondo que as partes chegassem, por exemplo, a um acordo, na divisão do lucro conseguido do segundo contrato, estas poderiam ficar *presas* nessa negociação, quanto ao tamanho da fatia do lucro que fossem exigir, *vd*, O’DAIR, RICHARD, *Restitutionary...cit*, p. 131 e SMITH, LIONEL, *Disgorgement...cit*, p. 134.

De facto, a teoria do *efficient breach* é omissa quanto à possibilidade de haver estes “*acordos coasianos*”, pós-contratuais: caso os custos de transação fossem baixos, as partes certamente conseguiriam encontrar um acordo eficiente, desde que não ficassem retidas nessas negociações, no tal “*monopólio bilateral*” em que cada uma negocia para ter um benefício que só a contraparte poderá fornecer e em que cada parte será *ignorante* sobre o “*preço de reserva*” de cada uma, *vd*, KLASS, GEORGE, *Philosophical...cit*, p. 374.

Observemos que, mesmo a negociação com o devedor e terceiro (a hipótese do *efficient breach*), de igual forma, corresponde a um “*monopólio bilateral*”: presumir que a negociação entre A e um terceiro fosse isenta de custos de transação foi sempre um dos problemas da teoria do *efficient breach*, *vd*, FRIEDMANN, DANIEL, *Efficient...cit*, p. 7. Nesta leitura, na hipótese de A vender a B e, mais tarde, B vender a C, este terceiro preferiria celebrar o contrato com B: enquanto B saberá o valor que exigirá, na hipótese de *efficient breach*, A não sabe quanto irá pagar a B pelos danos causados com o incumprimento, gerando-se *custos proibitivos* na determinação do montante de danos a atribuir ao credor. Aliás, supondo que o bem em causa não é escasso, as transações entre A e B e depois, B e C, redundariam em menores custos de transação – seguindo esta cadeia de transmissões - do que aqueles que se gerariam com o eventual *efficient breach*, tendo em conta que os custos

Certo será, assim entendido, que o resultado da aceitação e do crescimento da regra de *disgorgement*, além de poder vir a produzir, como consequência, um espaço prospetivo e inviabilizador para a teoria do *efficient breach*, pode igualmente contribuir como uma proteção para aqueles que acreditam que o contrato tem, efetivamente, uma base ética colimada com a ideia dum promessa e, como tal, detém um pendor moral, que foi substituído, na análise que a AED produziu no direito dos contratos, pelo valor da *eficiência* e da “*maximização da riqueza*”. Quer dizer que, de certa forma, ao afirmar-se esta regra, o

de transação são, *a priori*, mais baixos na negociação do que em litigação, *vd*, THEL, STEVEN, SIEGELMAN, PETER, *You do have to keep your promises...*cit, pp.1203-1204.

ordenamento jurídico está a firmar um passo moral, *i.e.*, um atavismo do contrato que sempre fora visto como uma promessa³⁰ e não como um modelo empírico de custos e benefícios³¹.

³⁰ A par das críticas que condenam a teoria do *efficient breach* por não ter em conta, na maior parte dos casos, a volatilidade que os “*custos de transação*” podem influenciar no juízo da *eficiência* dum incumprimento, *vd.* MACNEIL, IAN R., *Efficient breach of contract: circles in the sky*, VLR, v. 68, 1982, a teoria propugna um total esvaziamento do conteúdo moral do instituto do contrato. Se tivermos em consideração que o contrato é uma promessa, o incumprimento do contrato corresponde ao incumprimento de uma promessa. É certo que há, por vezes, uma janela de possibilidades para o incumprimento dos contratos e que não viola o valor ínsito de uma promessa (*v.g.* uma impossibilidade superveniente não culposa). Sucede que, a teoria do *efficient breach*, ao propugnar e incentivar o incumprimento quando ele se mostre *eficiente*, está diretamente a *afrontar* a estabilidade do instituto dos contratos. A teoria negligencia por completo a força moral de uma promessa, transformando a regra de “cumprir com uma promessa” em “cumprir com uma promessa, a não ser que as consequências recomendem o incumprimento”, a tal disjunção de cumprir ou pagar, propalada por Holmes (*vd.* nota 12), *vd.* MENETREZ, FRANK, *Consequentialism, Promissory Obligation, and the theory of efficient breach*, UCLALR, v. 47, 2000, p. 881.

A possibilidade de o inadimplente ter a oportunidade de lucrar com o incumprimento só vem despoletar ainda mais a reprovabilidade moral da teoria. Como refere KLASS, “a teoria do *efficient breach* é moralmente problemática, não só porque encoraja um ilícito moral, mas também porque iria alocar todos os ganhos do ilícito no inadimplente”, *vd.* *Philosophical...cit*, p. 368.

Todavia, há autores que rebatem esta ideia de “sacralização do contrato”, *vd.* ARAÚJO, FERNANDO, *Teoria...cit*, pp. 736 ss: para o autor, existe a “*visão deôntica*”, onde se “enfatiza a honorabilidade ética do cumprimento” das obrigações contratuais e, na qual, pensamos nós, se inscreve toda a *Civil Law*, e a “*visão utilitarista*”, económica do contrato, “que privilegia a eficiência e a otimização de valores agregados de bem-estar” e que no fundo perceciona o contrato como “meio para um fim, não constituindo um fim em si mesmo”. De todo o modo, o Professor não deixa de talhar, igualmente, a distinção com o *opportunistic breach*, referindo ainda que a “(...) eficiência pode efetivamente esconder um intuito malicioso e puramente lesivo”, p. 740.

A nosso ver, não se compreende como, por um lado, alija-se quaisquer valores éticos quando o incumprimento dito *eficiente* promova uma “*melhoria paretiana*”, em nome da ideia de “promoção dos interesses das partes”, mas já quando se demonstre uma especial perniciosidade de uma parte contratual que age oportunisticamente, aí seja chamada à colação a “maliciosidade”, a “conduta violadora dos ditames da boa-fé”, como se a Moral (vista como instituto influenciador do Direito, mas não se confundindo com este) não condicionasse, em qualquer das situações, o cumprimento dos contratos.

Repare-se. Da mesma forma, Shavell opina que um incumprimento do contrato não deveria, *ab initio*, ser considerado imoral, dada a incompletude do contrato (*vd.* n. 15). Isto é, o autor parte das noções de contrato “*completo/incompleto*”, para afirmar que, dado que os contratos são “*incompletos*”, o seu incumprimento dependerá se, num hipotético segundo contrato, que previsse a contingência exata que levou ao incumprimento, as partes – nesse hipotético segundo contrato – exigiriam igualmente a execução do contrato, atendendo ao valor do cumprimento das partes e o custo para elas. Se o custo superasse o valor do cumprimento (o *expectation interest*) as partes, nesse putativo segundo contrato, não viriam a exigir o cumprimento e, assim, validando moralmente o incumprimento; se, porventura, os danos se situassem abaixo do valor da *expectation*, então seria de presumir que a contingência seria cumprida, logo o incumprimento seria imoral, *vd.* SHAVELL, STEVEN, *Why breach of contract may not be immoral given the incompleteness of contracts*, MLR, v. 107, 2009, pp. 1569-1582. O problema deste modelo e dos cultores da AED é que partem do pressuposto apriorístico que existe uma perfeita informação e que as partes, inteligivelmente, conseguem calcular os custos e lucros do contrato. Daí que, como sublinha KLASS, “a teoria do *efficient breach* assume transparência num mundo opaco”, *cf.*, *Philosophical...cit*, p. 369.

³¹ Crítico do movimento da AED, CASTANHEIRA NEVES ensina-nos, *ex professo*, que este modelo, filiado no “*funcionalismo jurídico*”, na sua vertente de “*funcionalismo socioeconómico*”, onde os fins (*Zweckrationalität*) desempenham o papel precípua de atingirem um determinado resultado, e a ação, reduzida ao papel de meros tecnicismos, tem como consequência a redução do Direito a um fim performativo e efficientista. Na ótica do Professor, não podemos cair na tentação de subverter o caminho do Direito a um papel instrumentalizador e subjugado aos calculismos empíricos de uma suposta “*eficiência económica*”, que pode *asfixiar* a sua autonomia em nome de um *Homem-objeto* ao serviço da “programação ou de benefícios

Porque assim é, a visão comungada pela AED sobre o contrato deve ser reprovada. Aliás, no nosso ordenamento jurídico, seria inconcebível, *de lege lata*, fomentar a teoria do *efficient breach* no nosso direito positivo: a teoria estaria, desde logo, inquinada, porque a regra comum do nosso CC é o cumprimento pontual dos contratos (art. 406º/1 CC), em observância ao princípio *pacta sunt servanda*³², e em consonância com toda a instituição do contrato (o respeito pela palavra dada e a consagração dos valores da segurança e certeza jurídica)³³.

A teoria do *efficient breach* não passaria, portanto, no crivo do nosso ordenamento jurídico. Mas será que podemos admitir, no nosso ordenamento, uma regra semelhante ao *disgorgement*? Isto é, haverá no nosso ordenamento jurídico algum instrumento que permita a entrega do lucro contratual, conseguido com o incumprimento do contrato? A sua ablação e consequente entrega ao corresponsivo credor? Julgamos que sim e, na devida altura, justificaremos.

De todo o modo, para já, seguimos o diálogo com a *Common Law*, mormente, com esta figura “nova” do *disgorgement*.

planificáveis”, *vd*, *O Direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*, 3ªed, Instituto Piaget, 2012, pp. 30-50. No mesmo sentido, criticando a impossibilidade de substituição perversa dos critérios jurídicos pelos critérios económicos, sob pena de um “sério desvio metodológico”, perigando a autonomia do Direito e o seu “específico sentido”, *vd*, MOTA PINTO, PAULO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, v.I, Almedina, 2007, pp. 41-50 e tb, BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *A recusa da conformação do jurídico pelo económico: breves considerações a propósito da responsabilidade civil*, BCE, FDUC, 2014, onde reconhece, sem embargo, uma dialética entre uma dimensão económica e jurídica, embora sem perder de vista a intencionalidade própria do Direito, “que não se pode deixar condicionar pela estrutura da economia”, p. 636.

Concordamos com os autores. Cremos que, à ciência económica, terá de se reconhecer um papel, mas um papel exógeno ao Direito, caso contrário, perder-se-iam os valores axiológicos em que o Direito se sustenta, em nome de uma técnica empírica que – uma vez elevada a princípio reitor - descaracterizaria a própria identidade do Direito.

³² Ao contrário da *civil law*, a *common law* não recebeu as influências do direito quirítário. Naturalmente, como já referimos aqui, a teoria do *efficient breach* é influenciada pelas conceções contratuais *holmesianas* e, como tal, unicamente desse ponto de vista, não postula uma obrigação moral do contrato, ao contrário da *civil law*, que recolhe influências do direito romano e da sua máxima *pacta sunt servanda*, *vd*, HYLAND, RICHARD, *Pacta sunt servanda: a meditation*, VJIL, v. 34, 1994.

Tendo presente estas diferenças do ponto de vista da morfologia contratual que enformam dois sistemas antagónicos, *vd*, SCALISE, RONALD J., “*Why no efficient breach in the civil law*”: *a comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract*, v. 55, AJCL, 2007. O autor analisa dois sistemas da *civil law* – o alemão e o francês – e reconhece várias barreiras ao reconhecimento da teoria de *efficient breach* nos sistemas da *civil law*: por exemplo, a primazia da execução específica, em comparação com a *common law*, pp. 726-734. Muito especialmente, o autor nomeia uma barreira importante para o nosso estudo: o hipotético reconhecimento do *disgorgement* na *Civil Law*, através do §285 BGB (*vd, infra*, ponto 4), pp. 734-737.

³³ *Vd*, n. 113.

II. O *DISGORGEMENT* DOS LUCROS NO INCUMPRIMENTO DO CONTRATO NA COMMON LAW

A proteção ortodoxa do ordenamento jurídico inglês e do ordenamento jurídico americano para o incumprimento contratual dirige-se, *mutatis mutandis*, ao *expectation interest*, colocando o credor na situação em que ele estaria se o contrato tivesse sido cumprido. Se o devedor obtém um ganho com o incumprimento do contrato, normalmente, esse ganho será *obnubilado* pela indemnização que terá de pagar ao credor. O nosso problema põe-se quando esse ganho supera o dano do credor: deve ou não o ordenamento jurídico atender ao lucro só conseguido através do incumprimento do contrato? Se a resposta for negativa, estaremos a afirmar que é possível o inadimplente lucrar com um ilícito contratual: sem embargo do pagamento duma indemnização mensurada pelos danos causados com o incumprimento ao credor, o inadimplente pode ficar com um determinado ganho que resulta dessa inadimplência. Se for positiva, que meio terá o credor ao seu dispor para obter esse lucro ilícito?

A resposta à última pergunta reside no *disgorgement*.

Essa resposta é verdadeiramente polémica e complexa: o termo jurídico *disgorgement* significa a ablação de um lucro conseguido através de um ilícito (na terminologia da *Common Law*, um *wrong*, embora os termos não sejam equipolentes e, portanto, não sejam traduzíveis *per se*), e a consequente entrega desse lucro à contraparte. Efetivamente, não está dependente de um dano, de uma perda situada na esfera patrimonial do *accipiens*. Pelo contrário, a admissibilidade do *disgorgement* implica que a ordem jurídica atenda não à esfera jurídica do credor e aos danos que este sofreu com as consequências do ilícito, mas sim que avalie a esfera jurídica do devedor e atenda aos ganhos deste. Ganhos esses que derivam da prática do ilícito e que, fora esse, o *solvens* não teria lucrado. Isto é, se o devedor tivesse cumprido o contrato, jamais conseguiria lograr tais benefícios. Aqui, surgem as questões: deve a ordem jurídica atribuir esse ganho ao credor? Quais os critérios para essa atribuição? Deve atender ao papel do devedor – à sua preparação, à sua qualidade, à sua destreza – na consecução desse lucro? Se sim, deve haver uma divisão dos lucros entre *solvens* e *accipiens*? Qual é a *ratio* por detrás do *disgorgement*?

Antes de nos centrarmos numa análise jurídico-normativa específica de cada ordenamento jurídico (o inglês e o americano), propomos, *prima facie*, um enquadramento

geral sobre o *disgorgement*, auscultando as diversas opiniões doutrinárias e os argumentos que têm sido alvitados para a sua permissibilidade.

O *disgorgement* parte, desde logo, da ideia de que não existe aquela suposta liberdade de não cumprir o contrato e pagar os danos respetivos. Essa era a ideia chave do pensamento de HOLMES e, mais tarde, da AED. Seria muito mais vantajoso para o *solvens* não cumprir e direcionar as suas escolhas para opções mais rentáveis, havendo assim um melhor uso dos recursos económicos. Mas com graves consequências para a boa-fé da instituição contratual, como vimos. Esta ideia de remoção dos lucros choca frontalmente com este pensamento dualista (um conceito opcional – cumprir/ pagar os danos do incumprimento³⁴) e, portanto, no quadro do *disgorgement*, esta pressuposição é inaceitável.

É igualmente inaceitável, dentro desta ótica de remoção dos lucros contratuais, que o devedor tenha a possibilidade de lucrar com o seu próprio ilícito³⁵. Esta máxima não é incomum no universo da *Common Law*, note-se. A remoção dos lucros na *Common Law* já detém um *pedigree* bastante volumoso³⁶. Por exemplo, é pacífico, no caso das violações de *equity wrongs*, *i.e.*, de obrigações fiduciárias ou de violações de direitos de propriedade intelectual, que o credor possa exigir a remoção dos lucros que o devedor tiver tido com o ilícito (*account of profits*), independentemente do seu dano³⁷. No campo dos *torts*, também é pacífica a remoção dos lucros para algumas ações (*v.g.*, *tort of trespass of land*)³⁸. Todavia, alguns autores entendem que o princípio de que o ilícito não pode ser lucrativo, pode efetivamente ser alargado para contextos análogos³⁹, ou seja, para o campo contratual, em

³⁴ FRIEDMANN, DANIEL, *Restitution of benefits obtained through the appropriation of property or the commission of a wrong*, CBLR, v. 80, 1980, p. 514. Para o autor, a limitação das obrigações contratuais aos danos compensatórios tende a trivializá-las, minando a fé na sua seriedade e a confiança das partes para o cumprimento do contrato, *vd. id.*, p. 515.

³⁵ Em *Attorney General v. Blake* (disponível em: publications.parliament.uk), Lord Nicholls, neste contexto do alargamento da hipótese do *disgorgement* para a relação contratual, refere que: “a larga proposição de que ao devedor não lhe é permitido lucrar com o seu ilícito tem uma atração óbvia”. Afirma ainda que existem determinadas circunstâncias, na ótica do incumprimento contratual, que levam a crer que a única resposta justa é que ao devedor não lhe seja permitida a retenção de qualquer lucro do incumprimento.

³⁶ MCCAMUS, JOHN D., *Disgorgement for breach of contract: a comparative perspective*, v. 36, LOYLALR, 2003, p. 974.

³⁷ Considera-se, portanto, que um devedor fiduciário, não observando as regras que a *Equity* lhe impõe, deverá ser desprovido de qualquer vantagem que retire dessa violação, sendo preferível que o *principal* a receba, dado que era o titular do direito, mesmo que não viesse a perfazer esse mesmo lucro, noutras circunstâncias, *vd.*, com mais aprofundamento, GOMES, JÚLIO, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, UCP 1998, pp. 771-772. Como veremos *infra*, no direito português, tb. se consagra um mecanismo similar (*vd.*, n. 214).

³⁸ SMITH, LIONEL, *Disgorgement...cit.*, p. 122.

³⁹ MCCAMUS, JOHN D., *Disgorgement...cit.*, p. 951.

que o devedor não conseguiria obter os benefícios senão por intermédio de um incumprimento.

Na base desta analogia, os autores começam por acentuar a diferença entre os *proprietary rights* e os *personal rights*: ao contrário dos primeiros, a violação de *personal rights* e a consequente exigência dos lucros da contraparte era, até há pouco tempo, negada. Os ordenamentos jurídicos inglês e americano partiam do pressuposto que não era possível, num incumprimento de um contrato, o *accipiens* exigir tais benefícios. A diferença estava na própria raiz do direito em causa: como os primeiros são direitos *in rem* e os segundos *in personam*, essa diferença refletir-se-ia na tutela que o ordenamento jurídico garantiria. Contudo, SMITH advoga que essa distinção não seria suficiente para justificar a diferença de tratamento. O autor defende que a possibilidade de proteção do *disgorgement* deveria ser alargada para a tutela contratual, com base em que também não deveria ser permissível a “*expropriação*” dos direitos *in personam*⁴⁰.

Outro dos argumentos apontados para a admissibilidade deste instrumento jurídico-privado contende com a intencionalidade do incumprimento do contrato. Diz-se que se o incumprimento se deu de forma cínica e deliberada, então o juízo do ordenamento jurídico

⁴⁰ SMITH, LIONEL, *Disgorgement...cit*, p. 132: “Não é claro o porquê de ser mais permissível *expropriar personal rights* do que *expropriar proprietary rights*”. A essência do pensamento de Smith é que se o *disgorgement* não for permitido e o devedor conservar o lucro que realizou, então ao devedor é-lhe permitido infringir os direitos do credor, sujeito somente a pagar uma compensação. Se, realmente, o *disgorgement* for permitido, o devedor não ficará numa melhor posição do que estaria se tivesse infringido os direitos do credor e tivesse pago uma compensação, *vd, id*, pp. 122-123.

Porém, esta ideia não é consensual. Há autores que, embora defendam a tutela do *disgorgement* para as obrigações contratuais, não é pelo caminho traçado por SMITH – a equipolência de tutela entre os *proprietary rights* e *personal rights* – que a ideia do *disgorgement* deveria ser vincada. Por exemplo, DAGAN afirma que a eventual analogia entre os *contractual rights* e *proprietary rights* é problemática, porque apesar de os contratos consistirem em modelos de riqueza, não podem deixar de ser vistos como uma relação entre promitente e promissário. Ora, ao contrário dos *proprietary rights*, em que existe uma relação de pertença, uma relação de domínio com a coisa, nos *contractual rights*, essa relação não existe ou, se existe, é do lado do *promitente-vendedor*. No máximo, podemos falar numa *expectativa* da parte do *promitente-comprador*, que ele desenvolverá uma conexão pessoal à promessa feita, mas tal *expectativa* não poderá ser equalizada à relação existente nos *proprietary rights*. Posto isto, um ordenamento jurídico responsivo a estas disposições deveria espelhar as diferentes variações que as relações jurídicas assumem, *vd, DAGAN, HANOCH, Restitutionary damages for breach of contract: an exercise in private law theory*, TIL, v. 1, 2000, pp. 132-139. Para o autor, o melhor argumento para a permissibilidade dos *restitutionary damages* (*vd, infra*, a problemática com esta terminologia) desembocaria numa regra de boa-fé entre as partes. Esta permitiria explicar a *remoção dos lucros*, mas não na sua totalidade, *i.e.*, neste contexto, para o autor, a boa-fé elencaria uma obrigação de divisão dos lucros entre os contraentes. Para este, sendo o contrato um espaço comunitário de mútua cooperação e confiança, às partes exigir-se-á um dever de mútua proteção e solidariedade. Porque assim é, nesta leitura, esta cooperação dita que as partes partilhem inesperados infortúnios e dificuldades, bem como, inesperados benefícios que acresçam à relação contratual. Portanto, o ordenamento jurídico deveria procurar não sancionar o devedor que, intencionalmente, não cumpre o seu contrato e prossegue o seu próprio interesse, mas sim, deveria promover uma negociação bilateral que possa satisfazer o interesse de ambos e a consequente alocação dos lucros, *vd, id*, pp. 147-152.

deveria ser tendente a uma maior reprovabilidade desse incumprimento e, por consequência, a remoção dos lucros advindos desse incumprimento deveria estar disponível para o credor⁴¹. Esse incumprimento cínico e deliberado, de acordo com EDELMAN, deveria ser interpretado de forma ampla, onde qualquer concepção de ganho material seria suficiente. Isto é, uma vez provado que o ilícito foi cometido deliberadamente, em circunstâncias que o devedor lucrou, seria difícil para este justificar que esse ganho material não fora a causa do ilícito⁴². Portanto, corresponderia àquelas circunstâncias em que, não obstante o devedor ter conhecimento de que o seu incumprimento provocou danos à sua contraparte (sendo obrigado, por isso, ao pagamento de uma compensação), a hipótese de consecução de um lucro maior vem consumir a violação das suas obrigações contratuais⁴³.

Mais recentemente, foi defendida a tese de que o *disgorgement* estaria implicitamente protegido com o acordo entre as partes. Isto é, para EISENBERG, quando as partes acordam na venda de um determinado bem, estaria implicado nesse contrato que o vendedor não poderia procurar ou aceitar outras ofertas de terceiros. Para isso, o comprador estaria a pagar um preço implícito por essa promessa, *i.e.*, estaria a pagar o *disgorgement*. Por outras palavras, o vendedor incluiria sempre no preço do bem um montante implícito que cobriria a saída do bem do mercado (o montante expectável de uma proposta de um terceiro), e caso este vendesse o bem a um terceiro, os *expectation damages* a que o credor tivesse direito incluiriam já o valor do *disgorgement*⁴⁴.

⁴¹ Vide, n. 20. O R3RUE consagrou expressamente esta condição para a admissibilidade do *disgorgement*.

⁴² Vide, EDELMAN, JAMES, *Gain-Based damages, Contract, tort, equity and intellectual property*, Hart Publishing, 2002, p. 85. Há quem prefira outras designações: FRIEDMANN, por exemplo, entende que o critério deveria ser o grau de culpa do devedor, *vd, Restitution for wrongs: the measure of recovery*, TLR, v. 79, 2001, p. 1888.

Contra esta ideia de culpa no campo contratual, *vd, POSNER, RICHARD, Let us never blame a contract breaker*, MLR, v. 107, 2009. O autor afirma que as concepções de culpa não constituem uma adenda útil às doutrinas contratuais. No que concerne à entrega dos lucros do incumprimento do contrato, a melhor visão seria aquela, em que, de acordo com Posner, as partes poderiam acordar previamente no montante dos danos que o credor teria direito, no caso de inadimplência, *vd, id*, p. 1356.

⁴³ PHANG, ANDREW, LEE, PEY WOAN, *Rationalising restitutionary damages in contract law: an elusive or illusory quest*, JCL, v. 17, 2001, p. 252.

⁴⁴ EISENBERG, MELVIN A., *The disgorgement interest in contract law*, MLR, v. 105, 2006, pp. 581-582. Note-se, contudo, que esta tese não deve proceder. O direito contratual aceita que haja ofertas de terceiros ou que se possa procurar outras propostas negociais. O direito atuará postumamente, quando se localize um incumprimento do contrato e haja danos para serem ressarcidos. Depois, seria necessário um vendedor com uma racionalidade económica muito afinada, para calcular os preços do bem em função do mercado e das propostas hipotéticas que poderia eventualmente receber de terceiros. Além do mais, se o vendedor sabe que existe uma grande probabilidade de outros compradores oferecerem um preço maior, o vendedor preferirá esperar por essas propostas, *vd, ANDERSON, ROY RYDEN, The compensatory disgorgement alternative to restatement third's new remedy for breach of contract*, SMULR, v. 68, 2015, pp. 973-974.

Embora seja inexistente um *consenso geral* de forma a *balizarmos* os fundamentos que se situam na base desta “nova” pretensão contratual, a ordem jurídica inglesa e americana avançaram com propostas que se encaminham para o enraizamento do *disgorgement*, deste novo mecanismo do direito privado. Importa, por isso, neste âmbito, atentar detalhadamente a essas propostas.

II.I. ORDENAMENTO JURÍDICO INGLÊS: O CAMINHO PARA A SECÇÃO 22

Em primeiro lugar, somos obrigados a fazer um exercício taxonómico, de forma a dilucidar determinados termos que têm sido usados neste âmbito, e que veem trazer uma confusão desnecessária ao debate da admissibilidade do *disgorgement* no seio contratual.

Existem vários vocábulos que têm sido utilizados indistintamente por alguns autores e, inclusive, alguns tribunais. Nomeadamente, a confusão lexical prende-se com a palavra “restituição”: na *Common Law*, “restituição” é um termo polissémico. Pode significar, *lato sensu*, (i) a referência ao instituto do enriquecimento sem causa, *i.e.*, a área que se ocupa da reversão de um enriquecimento; (ii) pode significar a restituição de uma transferência de um montante pago, em razão, por exemplo, de um contrato não celebrado, do credor para o devedor (reconheceu-se este interesse - o *restitution interest* - no R2C, através do artigo de Fuller e Perdue⁴⁵); (iii) pode ainda significar a remoção do lucro, do *solvens* para o *accipiens*, através de um ilícito⁴⁶.

Inicialmente, o *disgorgement* era denominado pela categoria inexata dos *restitutionary damages*, com o terceiro sentido, isto é, a *remoção do lucro*. Todavia essa expressão não podia ser mais incorreta: no que concerne à palavra *restitutionary*, como denominar algo restitutivo no seu efeito, se o lucro em causa não provém da esfera jurídica do credor? Por outras palavras, não se pode exigir a restituição de algo que nunca se teve ou que o credor nunca teria se não fora o incumprimento do contrato. Decorre daqui, que o termo *restitution* veio agregar múltiplos sentidos que, pela sua *ratio*, deveriam ser designados doutra forma. Uniu-se no mesmo termo “*restitution*”, a consequência do

⁴⁵ *Vd.*, n. 14

⁴⁶ M, STEPHEN, *Gains derived from breach of contract: historical and conceptual perspectives*, pp, 186-206, in *Contract damages, Domestic and International perspectives*, org., SAIDOV, DJAKHONGIR, CUNNINGTON, RALPH, Hart Publishing, 2008.

provimento de uma ação de enriquecimento sem causa (i), que está dependente de certos pressupostos e a área do *disgorgement* (iii), dependente de outros pressupostos. Ademais, nesta última não se trataria duma “reversão” como na ação do enriquecimento sem causa, mas sim, da *remoção* e entrega de um lucro. De facto, o problema está a montante, naquilo que entendemos pela etimologia da palavra “restituição”: se o termo englobar quer o retorno a uma situação anterior, isto é, colocando a pessoa, que ficou privada de algo, no estado anterior a que se encontrava (no sentido de “give back”) e ainda poder alcançar a tradução da operação de entrega do lucro atinente à esfera do devedor (no sentido de “give up”), então o termo “restitutionary damages” estará correto. Mas, sob pena de uma confusão terminológica insanável. Assim, em abono da clareza lexical, foi distinguida da “restituição” aquela parte em que se visa atender não à esfera do credor, mas à esfera do devedor, ao ganho deste com o ilícito. E designou-se, dessa forma, o termo *disgorgement*⁴⁷.

⁴⁷ Esta foi a tese apresentada por SMITH, LIONEL, in *The province of the law of restitution*, CBR, v. 71, 1992. Adotando a mesma terminologia, vide, WORTHINGTON, SARAH, *Reconsidering disgorgement for wrongs*, v. 62, MDLR, 1999.

Por exemplo, posicionando-se contra esta nomenclatura, BIRKS, PETER, *Misnomer*, in *Restitution, past, present and future: essays in honour of Gareth Jones*, ed., CORNISH, WILLIAM, VIRGO, GRAHAM., London: Hart Publishing, 1998, p. 13, refere que a eventual mudança terminológica de *restitutionary* para *disgorgement* seria disruptiva, tendo em conta que os “restitutionary damages” estão a tornar-se aceites (como categoria geral dos *gain-based damages*). Além disso, nem todos os casos de “restitution for a wrong” (o campo reservado para o *disgorgement*, porque proveniente dum ilícito, de acordo com a teoria de SMITH) envolverão um ato ablativo de “remoção do lucro”.

O problema terminológico dos “restitutionary damages” parte da conceção bipartida de Edelman dos *gain-based damages*: os “restitutionary damages” seriam aqueles que reverteriam uma transferência ilícita de um valor. Trata-se de um *remedy* que retorna o valor que foi transferido do autor para o réu, como resultado do ilícito deste último e é medido pelo ganho objetivo recebido pelo réu. Estes não atendem a uma perda situada na esfera jurídica do credor, mas sim, ao ganho acrescido pelo valor da transferência para o devedor; os “disgorgement damages”, contrariamente, corresponderiam àqueles em que o ganho do ilícito é medido pelo lucro atual que resulta do ilícito do devedor, independentemente de qualquer transferência, EDELMAN, JAMES in, *Gain-Based damages...cit*, p. 66-72.

Ao contrário de Smith, Edelman não crê que o *disgorgement* sirva como elemento agregador de todos os *gain-based damages*, sem embargo de os reconhecer. De acordo com a tese de Edelman, a *restitution* estaria ligada a reverter transferências de valor, tanto no caso da restituição do enriquecimento sem causa (a visão ortodoxa da restituição) e, ainda, na restituição do valor obtido com o ilícito, sendo este último denominado pela categoria dos “restitutionary damages” (exceto quando não englobassem os casos em que o devedor tem de entregar o lucro – *give up*). Conforme a tese de Smith, esta seria a categoria do *disgorgement*: afinal de contas, trata-se de remover e não restituir um lucro que o devedor recebeu de uma fonte exterior ao credor e, portanto, consubstanciam valores diferentes. Consequentemente, a terminologia deveria refletir essa diferença, *vd*, GIGLIO, FRANCESCO, *Gain-related recovery*, OJLS, v. 28, n.3, 2008, p. 509-514.

Note-se, contudo, que não existe um consenso, na *Common Law*, na designação destes *remedies*.

Efetivamente, a *Law Commission: Aggravated, exemplary and restitutionary damages* (disponível em lawcom.gov.uk) de 1997, recomendou que não fosse feita nenhuma provisão legislativa acerca dos “restitutionary damages”, deixando o seu desenvolvimento para a *Common Law*, embora chegasse à conclusão de que o uso do termo geral (para os *torts*, *breach of contract* e *equitable wrongs*) dos “restitutionary damages” serviria para designar precisamente a área onde os danos são medidos através dos ganhos dos devedores invés das perdas dos credores, em detrimento de outros termos como a ação “*money and received*” e “*account of profits*”, p. 42 e 51. Todavia, mais tarde, em decisão da *House of Lords*, do caso *Attorney General v. Blake*

Outro aspeto que importa salientar, na expressão “*restitutionary damages*”, contende com a palavra “*damages*”: afinal de contas, não se trata de uma perda pecuniária que afete a esfera jurídica do credor; trata-se de extirpar um lucro, que não contende com uma perda, mas sim com um ganho. Daí que, nestes casos, de forma a evitar-se uma confusão linguística, não se possa falar no sentido jurídico de “dano”⁴⁸.

A expressão “*account of profits*”, muitas vezes, aparece igualmente associada a este sentido. Este *remedy* é aplicado na área da *Equity*, para os *equitable wrongs*, em casos de, por exemplo, incumprimento de obrigações de relações fiduciárias ou de confiança ou ainda em casos de violação de direitos de autor ou de patente. Não obstante promover um resultado semelhante, removendo (*accounting*) um benefício (não necessita de provir de um ilícito⁴⁹), não se insere dentro da categoria dos *common law wrongs* e, como tal, não é apropriada para designar o problema que nos convoca⁵⁰.

Partiremos, portanto, do pressuposto que o que estamos a lidar tem como nome o *disgorgement* dos lucros efetuados com a prática de um ilícito (contratual) e que este visa a entrega desses mesmos ao *accipiens*. Adotamos esta terminologia com este significado. Todavia, importa compreender que o problema maior não é a taxonomia ou a forma linguística como nos referimos à questão. O problema maior reside na substância: a admissibilidade do *disgorgement* e o quadro utilizado para o aplicar, *i.e.*, os seus critérios⁵¹.

(2000) (disponível em publications.parliament.uk), Lord Nicholls referiu-se à expressão “*restitutionary damages*” como uma “expressão infeliz”, tendo preterido esse termo em favor do “*account of profits*”: “(...) a minha conclusão é que parece não haver razão, em princípio, para o tribunal dever descartar em todas as circunstâncias o *account of profits* como *remedy* para o incumprimento do contrato. Eu prefiro evitar a expressão infeliz *restitutionary damages*”.

E, se é verdade que nem todos os casos de “*restitution for a wrong*” envolverão uma remoção dum lucro do devedor, também é verdade que nesta disjunção (*restitution* e *disgorgement*) percebe-se que o *quantum* almejado por essas categorias é diferente (a primeira, baseada numa transferência entre empobrecido e enriquecido, a segunda, o total dos lucros do ilícito), e se assim é, porque não tratar taxologicamente de maneira diferente?, *vd.* MCINNES, MITCHELL, *Restitution, unjust enrichment and the perfect quadrature thesis*, v. 7, RTLR, 1999.

Esta *summa divisio*, atualmente, aparenta estar ultrapassada, visto que no *Restatement of the English Law of Contract*, foi reconhecido o termo “*account of profits*” (embora, a nosso ver, tb. erradamente) para designar a “remoção dos lucros” e a consequente entrega, por parte do devedor, do montante conseguido com o incumprimento, *vd.* BURROWS, ANDREW, *A restatement of the english law of contract*, Oxford University Press, 2016, p. 133-135.

⁴⁸ *Vd.* DOYLE, SAM, WRIGHT, DAVID, *Restitutionary damages – the unnecessary remedy?* v. 25, MULR, 2001.

⁴⁹ JAFFEY, PETER, *Disgorgement for breach of contract*, v. 8, RTLR, 2000, p. 586.

⁵⁰ DOYLE, SAM, WRIGHT DAVID, *Restitutionary damages...cit*, pp. 9-13, sendo, contudo, a favor da sua expansão para os *common law wrongs*; Contra, *vd.* BARNETT, KATY, *Accounting for profit for breach of contract, Theory and practice*, Hart Publishing, 2012, p. 2.

⁵¹ Antes do reconhecimento do termo terminológico “*disgorgement* dos lucros no âmbito do incumprimento de um contrato”, os autores já escreviam prolixamente sobre este tema, embora sempre reconhecendo que o

Importa compreender que, como já o referimos anteriormente, a solução que o ordenamento jurídico inglês propõe para o incumprimento do contrato corresponde à compensação, visando colocar o credor na situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido⁵². Todavia, existem duas excepcionais alternativas que o credor pode socorrer-se no âmbito do incumprimento do contrato⁵³: a primeira corresponde aos comumente chamados “*Wrotham Park damages*”⁵⁴ e a segunda corresponde ao “*account of profits*”, com o mesmo escopo jurídico-normativo da ação de *account of profits* no âmbito da *Equity*.

problema se situava nos “*restitutionary damages*”, aqui vistos, ao contrário da tese de Edelman, como “*remoção de um lucro*”.

Por exemplo, Friedmann, cedo reconheceu esse direito aos lucros do incumprimento do contrato. Se repararmos, *a priori*, como o autor refere, esta questão torna-se vazia de conteúdo, se pensarmos que num contrato de compra e venda entre A e B, na qual B vende a C por um maior preço e realizando determinado lucro com essa nova venda, normalmente, a indemnização contratual (pelo interesse contratual positivo) cobrirá os danos de B, que correspondem ao valor da propriedade; porém, reconheça-se que pode acontecer que o benefício auferido por A exceda os danos de B, porque pode acontecer que a venda tenha sido com valores acima do preço do mercado, derivado da especial habilidade e destreza do vendedor na consecução de um melhor preço para o objeto contratualizado (com contornos parecidos, veja-se o caso israelense *Adras Ltd v. Harlow & Jones GmbH* (1988) (o réu – uma empresa alemã -, contratualizou a venda de 7 mil toneladas de aço a uma empresa israelense, pelo preço de 570 marcos por tonelada. Por causa da guerra Yom Kippur, houve um atraso na entrega, embora tivessem já sido entregues 5 mil toneladas. O réu notifica a autora que não irá cumprir com o restante acordo, dado que o preço do aço subiu consideravelmente. O autor decidiu vender a restante quantidade de aço a um terceiro, a um preço superior (804,70 marcos). Todavia, quando a restante entrega da obrigação era devida, o preço do aço já tinha regressado aos níveis pré-guerra e, portanto, as perdas do autor eram nulas. Logo, seria difícil mensurar a sua *compensação*. Então o autor intentou uma ação de “*restituição*” dos ganhos do réu, ou seja, pelo valor de 234,70 marcos. A Suprema Corte Israelense, embora afirmando que a “*specific relief*” no direito israelense é uma pretensão primária, aceitou a “*restituição dos ganhos*”. Afirmaram os juízes que a restituição não pode estar só confinada a um interesse proprietário, podendo ser alargada aos direitos contratuais e podendo ainda consubstanciar uma função adicional de prevenção de incumprimentos contratuais, *vd, Restitution of profits gained by party in breach of contract*, LQR, v. 104, 1988, pp. 383-388). A questão de a quem deve pertencer o benefício atribuível em razão deste último fator só deverá colocar-se se se reconhecer o direito do comprador a reclamar a “*restituição*” em substituição dos danos do incumprimento. Friedmann reconhece esse direito na medida em que o preço em causa com o segundo contrato identifica-se como um “*substituto da execução*” da qual o credor teria direito (fazendo inclusive um paralelismo com o *commodum* de representação alemão - §281, presentemente §285 BGB -, *vd, infra*, ponto 4). Para Friedmann, a “*restituição dos lucros*” tb. deveria ser alargada para a violação de direitos contratuais, e não tão-só quando haja um interesse proprietário, *in rem, Restitution of benefits...cit*, pp. 516-518.

Na mesma senda, Gareth Jones, reconhece favoravelmente a existência do “*direito restitutivo*” (*lato sensu*) pelos benefícios ganhos com o incumprimento do contrato, independentemente de se tratar de obrigações passíveis de execução ou de se tratar de obrigações de serviços pessoais. O autor rejeita inclusive quaisquer considerações de culpa para a admissibilidade deste direito (embora reconhecendo que o juízo sobre a natureza do incumprimento possa constituir um fator para o tribunal determinar ou não esse “*accounting*”, mas tal não é decisivo), ficando à discricionariedade do tribunal a atribuição ou não desta “*restituição*”, *vd, The recovery of benefits gained from a breach of contract*, LQR, v. 99, 1983, pp. 443-460.

⁵² BURROWS, ANDREW, *A restatement...cit*, pp. 118-120.

⁵³ *Id.*, secção 22, p. 133.

⁵⁴ Também poderão ser conhecidos como “*user damages*”, “*licence fee damages*” ou “*negotiating damages*”, *vd, CUNNINGTON, RALPH, The assessment of gain-based damages for breach of contract*, MDLR, 2008, p. 561.

Daí que preferimos designar a primeira como o *disgorgement*, pelas razões abordadas *supra*⁵⁵.

A primeira alternativa resulta do caso *Wrotham Park Estate Co Ltd v. Parkside Homes Ltd* (1974). “*Parkside Homes*” era proprietária de um imóvel que comprara à “*Wrotham Park*”. O contrato celebrou-se com uma cláusula restritiva, proibindo o desenvolvimento do imóvel com a exceção da aprovação da “*Wrotham Park*”. Em violação desse cláusula, os devedores construíram 14 casas, sem a aprovação necessária. O resultado da construção das casas não reduziu o valor da propriedade em causa e, por isso, o credor não sofreu nenhuma perda em si mesma; no entanto, o devedor obteve um lucro de 50 mil com essa construção. Chegou-se à conclusão de que os danos seriam medidos através de um hipotético valor que seria alcançado pelas partes, se estas tivessem acordado no “*relaxamento*” da cláusula em causa. Ou seja, aquilo que teria sido um preço razoável (um *quid pro quo*) para o *accipiens* aceitar a construção das casas. Por consequência, atendeu-se aos lucros atuais do *solvens* (50 mil) e que o valor dos danos a que o credor teria direito seria de 5% desse valor (2500), o preço hipotético razoável que este teria acordado⁵⁶. Os autores ingleses dividem-se quanto à natureza destes danos: *compensatórios* ou *restitutórios*. A análise compensatória propõe que estes danos sejam vistos como uma “oportunidade perdida para negociar” e trata essa oportunidade como uma perda, geradora de um dano para o credor. Quer dizer, os proponentes desta teoria entendem que a *bitola* utilizada no caso – o hipotético valor que seria alcançado pelas partes (ou, comumente designado por “*reasonable fee*”) – identifica-se com um montante dum “oportunidade perdida para negociar”. O principal problema desta visão é que, em muitas situações, o credor não teria celebrado esse acordo ou não o teria celebrado pelo montante fixado pelos tribunais. Assume, perentoriamente, uma visão ficcional e presunçosa de que o credor acordaria na violação da cláusula em causa por um montante hipotético a ser fixado num acordo entre as partes. Ainda dentro da compensação, há outra tese que propõe que, neste caso concreto, o que está em causa é uma compensação pela *perda de um direito*. O “hipotético valor que seria alcançado pelas partes” corresponderia, aqui, à avaliação do mercado ao “*direito perdido*”. A ideia

⁵⁵ Não obstante a confusão terminológica, o que une estas ações reside na intenção de se atender não a uma perda situada na esfera jurídica do credor, mas a um ganho na esfera jurídica do devedor e, por isso, designam-se pela categoria dos “*gain-based damages*”, porque baseadas num ganho que resulta do incumprimento dum contrato.

⁵⁶ BURROWS, ANDREW, *Are “damages on the Wrotham Park basis” compensatory, restitutionary or neither? in Contract damages...*, cit. pp. 166-167.

seria não replicar um contrato em que as partes acordariam num valor, se tivessem tido essa oportunidade, mas restaurar o valor do “direito perdido” *per si*. A principal dificuldade desta tese reside, desde logo, na sua raiz: não se pode afirmar que o direito foi perdido; o direito foi efetivamente violado e adquiriu-se um *direito secundário de indemnização*. O credor mantém exatamente o mesmo direito⁵⁷.

Diferentemente, os danos de *Wrotham Park* poderão ser racionalizados pelo ponto de vista da “restituição” (aqui vista como a intenção de reverter um benefício – “give back”). O devedor teria de “dar de volta” o objetivo valor do benefício que adquiriu com o incumprimento: requer-se que o devedor pague pelo direito de construir as casas livre dos constrangimentos que a cláusula lhe impunha⁵⁸. A fórmula utilizada pelo tribunal, o “hipotético valor que seria alcançado pelas partes”, funcionaria como um mecanismo para se encontrar uma proporção justa do lucro que teria de ser devolvido⁵⁹.

A secção 22 do *Restatement of the English Law of Contract* comprometeu-se com as três racionalidades acima descritas⁶⁰. O redator refere que enquanto, genericamente, os tribunais têm-se referido à natureza dos danos de *Wrotham Park* como sendo compensatórios, o raciocínio de muitos casos parece inclinado também a atender ao valor do benefício obtido⁶¹.

⁵⁷ *Id*, pp. 169-176.

⁵⁸ CUNNINGTON, RALPH, *The assessment...*cit, p. 565. Cunnington baseia-se na tese muito discutível de Edelman, (cf. n. 47). Para Edelman, no caso *Wrotham Park*, a decisão da câmara versaria sobre os *restitutionary damages*: o valor, no mercado, do direito em causa – o valor hipotético que teria sido encontrado pelas partes (*reasonable fee*) -, a quantia de 2500, fora ilicitamente transferido para o réu. Os *restitutionary damages* reverteriam essa transferência ilícita, *vd*, *Gain-based damages...*cit, p. 179. Contudo, entenda-se que existem inúmeros casos de “*reasonable fee*” em que não envolvem quaisquer transferências para o autor. No caso de “*Wrotham Park*”, o réu obteve um benefício à custa do uso extensivo da sua propriedade, construindo determinados imóveis que não eram permitidos. Mas é difícil afirmar que algo foi transferido do réu para o autor, *vd*. BARNETT, KATY, *Accounting...*cit, p. 151. Efetivamente, o réu obteve um benefício factual que o autor não poderia ter tido; a cláusula restritiva em causa proibia esse benefício ao réu, porquanto não existe nenhuma transferência *vd*, ROTHERHAM, CRAIG, *The conceptual structure of restitution for wrongs*, v. 66, CLJ, 2007, p. 177.

⁵⁹ BURROWS, ANDREW, *Are damages...*cit, p. 178.

⁶⁰ *Vd*, BURROWS, ANDREW, *A restatement...* cit, p. 133: Secção 22 (4): O propósito dos [*Wrotham Park damages*] pode ser:

- (a) Para compensar o credor de, por exemplo, a perda que este teve de negociar com o devedor;
- (b) Para reverter o benefício adquirido pelo devedor do incumprimento; ou
- (c) Para valorar o direito contratual infringido pelo devedor.

⁶¹ *Id*, p. 135. Há quem sempre tenha intuído que os danos de *Wrotham Park* se enquadrassem numa lógica de remoção de um lucro, *i.e.*, o *disgorgement* (ainda que, estranhamente, o valor apurado na decisão judicial fora tão-só 5% do lucro do devedor em causa e não o total (50 mil), *vd*, GOODHART, WILLIAM, *Restitutionary damages for breach of contract*, RTL, v. 3, 1995, onde refere explicitamente que “*Wrotham Park* (...) deve ser considerado como um caso genuíno de “*restitutionary damages*” [como remoção e não como restituição]”. O autor acredita que se alguém lucrasse com um incumprimento deliberado não deveria ter direito a reter o inteiro benefício para si mesmo, enquadrado num quadro principiológico de que a uma pessoa não é permitida

A segunda alternativa da secção 22 consagra expressamente o *disgorgement*.

No ordenamento jurídico inglês, o paradigma da aceitação e reconhecimento do *disgorgement* no incumprimento contratual encontra a sua raiz morfológica em *Attorney General v. Blake*.

Sucintamente, os factos: George Blake era um espião russo, que trabalhava para os serviços secretos britânicos. Mais tarde, depois de ter sido descoberto, condenado a uma pena de prisão e conseguido escapar para a Rússia, escreveu um livro autobiográfico, na qual relatava as suas memórias na Grã-Bretanha. A informação que foi veiculada no livro não era, em si mesma, a causa da ação que foi movida contra o autor, porque esta já não era confidencial e não continha nenhum perigo para a segurança nacional do país. Por consequência, a ação de “*account of profits*”, baseada no dever de fidedelidade e de confidencialidade, não teria efeito, porque à data dos factos ocorridos, Blake já não estava

lucrar com o seu ilícito, *vd, id* p. 10. No entanto, percebe-se a incredibilidade: se o “*remedy*” em causa for verdadeiramente compensatório, a quantia de 2500 atribuídos ao credor é, inexplicavelmente, um valor exacerbado: a perda financeira do *accipiens*, neste caso, mensurada pela redução do valor da propriedade, é nula; por outro lado, se efetivamente o “*remedy*” em causa se classificar como *disgorgement*, o valor apurado – 2500 – não é suficiente: os ganhos do *solvens* chegaram aos 50 mil, *vd, WORTHINGTON, SARAH, Disgorgement...cit, p. 224.*

Todavia, importa compreender que, não obstante o *disgorgement* se medir pelo lucro atual do devedor, este não precisa de ser totalmente removido, quando a situação concreta assim o exija. A melhor interpretação é aquela em que se percebe os *Wrotham Park damages* vistos como uma “medida fraca” de *remoção do lucro*. Isto é, partindo da tese agregadora de Rotherham de que esta “*reasonable fee*” que falamos (o valor do mercado pelo *relaxamento* do direito em questão) consubstanciaria um benefício imediato, refletindo um ganho objetivo; em contraste, lucros realizados subsequentemente, representariam um ganho subjetivo, *vd, The conceptual...cit, p. 188.* Barnett argumenta que os danos de *Wrotham Park* seriam vistos como correspondendo a um *disgorgement* parcial: a categoria dos “*restitutionary damages*” deveria subsumir-se à categoria geral dos “*disgorgement damages*”, porque estes são um mecanismo para alcançar o *disgorgement* parcial. Isto é, a escala do *disgorgement* variaria entre a remoção de uma proporção do lucro (através do “hipotético valor que seria alcançado pelas partes – “*reasonable fee*”) e a remoção do lucro total. Tal atribuição dependeria de 2 possibilidades ligadas à “*specific relief*”: se o tribunal não a ordenasse, embora ainda fosse possível atribuir ao credor o direito à execução (medida discricionária), então o devedor teria só que entregar parte do seu lucro; se já não fosse possível atribuir a “*specific relief*”, seria apropriado que o devedor entregasse todo o lucro, *vd, BARNETT, KATY, Accounting...cit, p. 161.*

Contra a aceção do *disgorgement* parcial, *vd, CUNNINGTON, RALPH, The assessment...cit, p. 563.* Cunnington opina que não se pode tratar de um *disgorgement* parcial, porquanto o *disgorgement* lida sempre com lucros atuais e não com lucros antecipados. O que estaria em causa, através da fórmula encontrada pelo tribunal do “hipotético valor que teria sido alcançado pelas partes” seria um valor temporalmente anterior àquele que, efetivamente, o devedor obteve – os 50 mil. Isto é, o autor refere que seria inapropriado em ter em conta o lucro atual quando estamos a considerar a hipótese da “*reasonable fee*” que seria demandada nas negociações hipotéticas. Ou seja, o lucro atual do devedor serve meramente como presunção do lucro que fora antecipado ao tempo do incumprimento, *vd, id, p. 574.*

No entanto, importa compreender que o lucro atual não deixa de relevar para o juízo do tribunal, tendo sempre que ser identificado. Sem embargo da imposição de uma *reasonable fee ex post*, esta será melhor mensurada se se tiver em conta esse lucro atual. Por outras palavras, o que estaria em causa seria o *disgorgement* de uma proporção do proveito atual, através de uma hipotética *reasonable fee*, na qual essa corresponderia (ainda que não totalmente) a um reflexo desse benefício, *vd, BARNETT, KATY, Accounting...cit, p. 158.*

vinculado a esse dever⁶². A causa do pedido situava-se no incumprimento do contrato, que Blake celebrara, onde continha uma cláusula na qual este se obrigava a não divulgar quaisquer informações, seja na imprensa, seja em forma de livro⁶³. Essas provisões aplicar-se-iam em todo o período do serviço e, note-se, mesmo depois de ter terminado esse vínculo. Ao publicar as suas memórias, Blake violou diretamente a cláusula em causa. A editora na qual o livro de Blake foi publicado pagou-lhe uma quantia cifrada em 150 mil libras, o que veio despoletar este famosíssimo caso judicial.

Na câmara de apelação, foram reunidos 3 critérios e 2 situações para a aceitação do *disgorgement* do incumprimento do contrato: 1) um incumprimento cínico e deliberado; 2) um incumprimento que permitiu o devedor celebrar um outro contrato, mais lucrativo, com um terceiro; 3) o devedor ter descurado e precludido a sua obrigação com o credor. A estes critérios juntar-se-iam duas situações-tipo nas quais o *disgorgement* deveria ser considerado: nos casos de *skimped performance*, em que o devedor não fornece todos os serviços que se comprometera no contrato⁶⁴; nos casos das “*obrigações negativas*”, em que o devedor age exatamente de forma contrária ao que estava contratualmente proibido de fazer, obtendo um lucro com essa ação⁶⁵. Os factos de Blake inserir-se-iam nesta categoria e, portanto, seriam admitidos⁶⁶.

⁶² MCINNES, MITCHELL, *Gain-based relief for breach of contract: Attorney General v. Blake*, v. 35, CBLJ, 2001.

⁶³ *Vd, id*, p. 81.

⁶⁴ O *disgorgement* seria justificável perante o contrato em que o devedor acorda em fornecer um particular serviço ao credor, e após o credor ter pago o preço desse serviço, o devedor não fornece totalmente aquilo que tinha sido comprometido com o credor, poupando determinadas quantias com essa omissão, *vd*, como exemplo, *City of New Orleans v. Fireman's Charitable Association* (1891). Nessa circunstância, o *accipiens* teria direito à entrega desse quantia poupada (“*lucros negativos*”), dado o incumprimento do contrato, *vd*, VIRGO, GRAHAM, *The principles of the law of restitution*, Oxford University Press, 2015, p. 474.

⁶⁵ O contrato em que Blake estava vinculado continha uma cláusula na qual proibia-o de divulgar informações sobre o seu passado como espião. Blake violou deliberadamente essa cláusula, sendo que, na sua autobiografia, divulgou informações às quais estava proibido de o fazer, obtendo com isso benefícios na forma de *royalties*. Assim, o *disgorgement*, sendo justificável para este tipo de obrigações, encobriria os factos deste caso. Logo, por este motivo, Blake seria obrigado a entregar o lucro à Coroa Britânica, *vd*, VIRGO, GRAHAM, *The principles...cit*, p. 474.

⁶⁶ Para a Câmara de Apelação, a questão nunca foi sobre a validade do *disgorgement* no seio de uma relação contratual. Lord Woolf, relator da decisão da Câmara de Apelação, referiu que: “Se o tribunal não conseguir atribuir ao credor os “*restitutionary damages*” para o incumprimento do contrato, então a Lei contratual é seriamente inadequada. Significa que, em várias situações, o autor é impedido de um “*remedy*” efetivo para o incumprimento do contrato, por causa dum erro em anexar qualquer valor ao legítimo interesse do autor em ter o seu contrato devidamente cumprido”, *vd*, O’SULLIVAN, JANET, *Reflections on the role of restitutionary damages to protect contractual expectations*, in, JOHNSTON, DAVID, ZIMMERMANN, REINHARD, *Unjustified enrichment: key issues in comparative perspective*, Cambridge University Press, 2004, p. 327.

A questão *decidenda* seria os moldes em que esta remoção dos lucros operaria, sempre dentro de uma excecionalidade (englobando a ideia de que as expectativas contratuais são, em alguns casos, defeituosas, *vd*, n. 51, sobre o caso *Adras*). A *remoção dos lucros* seria um instrumento, reconhecido assumidamente pelo

A decisão da Câmara dos Lordes foi histórica: pela primeira vez, reconheceu-se o *disgorgement* para o incumprimento do contrato⁶⁷, afastando-se do paradigma da compensação. Porém, embora tendo-se aceitado o *disgorgement* de lucros contratuais, foram refutados os critérios utilizados na pretérita decisão⁶⁸. Lord Nicholls começou por afirmar que as circunstâncias eram excepcionais: o facto de Blake ter incumprido deliberadamente o contrato e o facto da obrigação em causa se assemelhar à obrigação fiduciária, tudo isso pesaria para a concordância de um instrumento como o *disgorgement*, embora “nenhuma regra fixa deveria ser prescrita”⁶⁹. Não obstante, centrou a sua decisão em dois novos critérios chave: 1) a inadequação de outros *remedies* alternativos e 2) o legítimo interesse do credor em prevenir que o devedor lucre com o incumprimento.

Podemos ler no ponto nº 5 da secção 22:

(5) O “*account of profits*” é avaliado de acordo com os lucros realizados pelo devedor do incumprimento e o propósito desta ação é a remoção desses lucros; mas tal ação só terá lugar em circunstâncias

tribunal, como sendo excepcional. Mas não bastaria, como vimos, que o incumprimento se desse de forma cínica e deliberada, pois que, apesar das condições em que o incumprimento se deu terem possibilitado uma hipótese ao devedor de uma oportunidade lucrativa, tal não consubstanciaria uma condição justificativa para uma medida como esta. Seria ainda necessário que o caso concreto caísse dentro de uma das duas categorias surtidas pelo tribunal, *vd*, O’SULLIVAN, JANET, *Reflections...cit*, p. 331. E, efetivamente, o caso de *Blake* assume contornos exemplificativos da segunda categoria, *i.e*, dos casos de “*obrigações negativas*”.

⁶⁷ CUNNINGTON, RALPH, *The measure and the availability of gain-based damages for breach of contract*, *in*, *Contract damages...cit*, p. 207.

⁶⁸ Lord Nicholls refere que a primeira situação (os casos de *skimped performance*) não cairia dentro do escopo de proteção da ação de “*account of profits*”. A decisão da Câmara dos Lordes negou expressamente essa possibilidade: “(...) a resolução dos casos de *skimped performance*, em que o autor não obtém aquilo que acordou, pode ser encontrado noutra lugar” (disponível em: publications.parliament.uk); a segunda situação (os casos de “*obrigações negativas*”) corresponderia a um “*alargamento desmesurado*” da responsabilidade, porque englobaria todas essas obrigações.

Quanto aos três critérios avançados, Lord Nicholls considerou que não seriam suficientes para ordenar a ação de “*account of profits*”. Por exemplo, a relutância do tribunal em atender ao incumprimento cínico e deliberado, derivaria do facto de que para o tribunal seria difícil apreciar da *subjetividade* envolvida deste fator moral, embora haja quem afirme que esta objeção não pode proceder, porquanto corresponderia equivalentemente à afirmação de que o tribunal não discerne uma linha divisória entre a honestidade e desonestidade, *vd*, PHANG, ANDREW, LEE, PEY WOAN, *Rationalising...cit*, p. 253. De qualquer modo, tal não significa, factual e implicitamente, que os critérios elencados pela Câmara de Apelação não relevassem para o juízo final da Câmara dos Lordes, *vd*, ROWAN, SOLÈNE, *Remedies for breach of contract, A comparative analysis of the protection of performance*, Oxford University Press, 2012, p. 158. O autor refere que é compreensível que estes critérios, apesar de poderem ser sopesados, não façam parte do manancial para a permissibilidade do *disgorgement*: é que, caso contrário, se estes constituíssem um critério, tal implicaria um desafio à conceção liberal, no direito contratual inglês, de que o incumprimento do contrato não é, em si mesmo, alvo de repreensão. Tal seria, ademais, incongruente, dado o espaço reduzido que a “*specific relief*” assume no Direito inglês, *vd*, *id*, p. 165-166.

⁶⁹ *Vd*, *Attorney General v. Blake* (disponível em: publications.parliament.uk).

estritamente excepcionais quando todos os outros “*remedies*” para o incumprimento (incluído os [*Wrotham Park damages*]) forem inadequados⁷⁰.

No comentário adjacente a esta alínea, o autor refere que o propósito dela serve para refletir a lei vertida pelo caso muito discutido de *Attorney General v. Blake*, embora o teste do legítimo interesse não conste no seu comentário. O redator ainda acrescenta que, além do requisito da *inadequação dos danos*, parece que outro mínimo requerimento será aquele em que o devedor cometeu o incumprimento de forma deliberada, tendo presente um cálculo lucrativo com essa ação⁷¹.

Consequentemente, o *disgorgement* é visto atualmente como um *remedy* de *ultima ratio*. Vejamos. A permissibilidade para a aceitação e atribuição do *disgorgement* depende, em primeiro lugar, da inadequação de outros *remedies*⁷²: dos danos compensatórios, da “*specific relief*” e, de acordo com o novo entendimento do *Restatement*, dos “*Wrotham Park damages*”.

Os danos compensatórios serão inadequados quando: nenhum substituto no mercado for encontrado (usualmente, nos casos típicos de “*obrigações negativas*”, exemplo do caso de *Blake*⁷³); dificuldade em quantificá-los; e, na medida em que, só danos nominais estiverem disponíveis (a decisão do caso *Blake* assentou neste pressuposto⁷⁴).

Em segundo lugar, a *specific relief* - na forma de “execução específica” ou de “injunção” -, terá de se encontrar indisponível. A par dos tribunais ingleses, normalmente, terem um poder discricionário no juízo de adequação de atribuição da *specific relief*, pode acontecer que a sua atribuição seja impossível, porquanto já se venceu o prazo do

⁷⁰ BURROWS, ANDREW, *A restatement...cit*, p. 135.

⁷¹ *Vd*, BURROWS, ANDREW, *A restatement...cit*, p. 136.

⁷² Lord Nicholls afirma precisamente que “normalmente, os “*remedies*” dos danos e a “*specific relief*”, (...) fornecerão uma resposta adequada ao incumprimento do contrato. Será só em casos excepcionais, quando esses *remedies* forem inadequados, que a questão de “*accounting of profits*” se colocará” (disponível em publications.parliament.uk).

⁷³ Quando se trata de uma “*obrigação negativa*”, os danos compensatórios são inadequados, porque não é possível encontrar um substituto para o cumprimento dessa obrigação, *vd*, JAFFEY, PETER, *The nature and scope of restitution, vitiated transfers, imputed contracts and disgorgement*, Hart Publishing, 2000, p. 392. No caso de *Blake*, a “*obrigação negativa*” era insubstituível. Isto é, como refere Cunningham, não havia nenhum mercado para a substituição, tendo em conta que este já tinha divulgado as informações oficiais que se comprometera a “*não fazer*” e, portanto, possíveis danos compensatórios seriam inadequados, *vd*, CUNNINGTON, RALPH, *The inadequacy of damages as a remedy for breach of contract*, p. 123, *in* (ed) RICKETT, CHARLES EF, *Justifying private law remedies*, Hart Publishing, 2008.

⁷⁴ *Vd, id*, p. 125-126: o autor elucida que, a razão comum pela qual os danos compensatórios serão inadequados, numa hipótese como esta, identifica-se com o facto de que o autor não sofreu nenhuma perda pecuniária. Na base dos factos de *Blake*, de facto, a Coroa Britânica não sofrera qualquer perda pecuniária com a divulgação das informações à qual *Blake* estava vinculado a não divulgar.

cumprimento da obrigação; pode ser indesejada porque o autor deseja a indemnização; pode estar indisponível, porque o contrato é incompatível com essa pretensão; alternativamente, pode ser negada por causa da dificuldade do tribunal em supervisionar a medida. Resulta daqui que, quando a *specific relief* é negada por uma destas razões, é porque esta é impossível, impraticável ou indesejável. Destarte, torna-se inadequada a sua atribuição⁷⁵.

Quanto aos *gain-based damages*, correspondendo estes a uma medida mais fraca (*Wrotham Park* – vistos como um *disgorgement* parcial) e a uma medida mais forte (*disgorgement* total)⁷⁶, estarão dependentes da inadequação dos danos compensatórios e da indisponibilidade ou, respetivamente, da impossibilidade da *specific relief*. Ambos funcionam como uma “forma monetária da *specific relief*”⁷⁷: se repararmos, enquanto esta compele o devedor a cumprir o contrato, inversamente, os “*gain-based damages*” detêm a mesma função de remover o incentivo ao incumprimento, mas através da remoção do lucro.

Os “*Wrotham Park damages*” serão adequados quando a *specific relief* ainda concite uma possível proteção para o credor, mas por motivos discricionários do tribunal, este entenda que ao credor seja atribuída uma parcela dos lucros que o devedor realizou. Tal explicaria a decisão de “*Wrotham Park*”, tendo em conta a recusa do juiz em dar provimento a uma ação de “injunção” para prevenir quaisquer futuras construções e para demolir qualquer trabalho que já estivesse feito⁷⁸. Os “*Wrotham Park*” serão inadequados e, portanto, funcionará alternativamente o *disgorgement* como medida mais forte de ablação do lucro, quando ao tribunal seja impossível ordenar a *specific relief*. O caso de *Blake* é paradigmático, porquanto já não era possível ao autor (a Coroa Britânica) intentar uma ação de “injunção” contra o réu.

Assim, dada como certa a inadequação de todos estes requisitos, a Câmara dos Lordes decidiu pela remoção total dos lucros que estavam em causa.

Seria interessante que a Câmara dos Lordes tivesse considerado a hipótese de diminuição do *quantum* dos lucros, em razão da especial habilidade do réu⁷⁹, *i.e.*, do seu

⁷⁵ *Vd.*, CUNNINGTON, RALPH, *The inadequacy...*cit, p. 140.

⁷⁶ *Cf.* n. 61.

⁷⁷ BEATSON, J, *The use and abuse of unjust enrichment*, Oxford, Oxford University Press, 1991, *apud* CUNNINGTON, RALPH, *The inadequacy...*cit, p. 141. Como refere Cunnington, os “*Wrotham Park damages*” são uma forma monetária da execução específica, mas num sentido fraco, porque a ablação do lucro não é total; os “*Blake damages*”, por outro lado, são uma forma monetária da execução específica num sentido forte, porque a remoção do lucro é total, *vd. id.*, p. 143.

⁷⁸ *Vd.*, CUNNINGTON, RALPH, *Gain-based damages...*cit, p. 237.

⁷⁹ *Vd.*, BURROWS, ANDREW, *A restatement...*cit, p. 136.

esforço na consecução desse lucro, ainda que baseado num ilícito⁸⁰. Embora não o tendo feito, não deixa de ser controversa a questão da habilidade e esforço dos devedores para o montante total dos lucros e, nesse âmbito, importa compreender se deve ou não o tribunal atender a esse aspeto na quantificação do *disgorgement*.

Por parte dos autores ingleses, a resposta geral tende a ser positiva. Há quem entenda que se deva proceder a uma divisão dos lucros, *i.e.*, distinguindo-se os lucros que derivam da prática do ilícito e aqueles que resultam do exercício do *solvens* em empregar esforços a fim de aumentar o volume lucrativo. Estes últimos deveriam ser deduzidos do montante total que ele teria de entregar, podendo reter os que resultaram do seu próprio trabalho e habilidade⁸¹. Porém, esta divisão é problemática: normalmente, os lucros em causa ganhos pelo devedor provêm do ilícito, caso contrário, não haveria justificação para removê-los. Além disso, embora não sendo, como vimos, um requisito para o *disgorgement*, a conduta do devedor pesará no juízo do tribunal. A melhor visão é aquela em que vê a possibilidade de dedução de um determinado montante no lucro total em razão das

⁸⁰ Em *Snepp v. United States*, um caso com contornos substanciais muito similares aos de *Blake*, um agente da CIA publicou um livro relatando as suas experiências profissionais, sem ter obtido a autorização devida por parte da agência, exigida no seu contrato. A conclusão do tribunal foi no sentido de que houve um incumprimento de um dever fiduciário e, conseqüentemente, foram removidos todos os lucros derivados da publicação do livro. Mas será que não podemos afirmar que a fonte desses lucros não provém igualmente da especial habilidade e esforço por parte do réu? Se repararmos, nos casos em apreço, *Snepp* e *Blake*, os agentes eram obrigados a não publicar determinado material sem primeiro obter uma autorização. A ambos foi ordenada a *remoção total dos lucros*, embora parte desses lucros possa ser atribuído às especiais habilidades e esforços dos agentes. Uma possível explicação para estes casos contende com a especial censurabilidade do comportamento dos agentes. Todavia, como refere Friedmann, nos casos em que o devedor investe substancialmente e, na sequência desses investimentos, os lucros sobem, uma remoção total dos lucros seria, nessas hipóteses, uma medida extrema. Nos casos em apreço, se se entender que os investimentos investidos pelos agentes correspondem à suas habilidades e esforços, então estará em causa uma *remoção de lucros* extrema, *vd*, FRIEDMANN, DANIEL, *Restitution for wrongs...* cit, pp. 1889, 1899-1901.

Contudo, Cunnington elucida-nos que a omissão, em *Blake*, de não se atender às especiais habilidades do réu, se deveu a um outro motivo. De facto, à primeira vista, a decisão da Câmara foi no sentido de remoção da totalidade dos lucros, tendo em conta que foi ordenada à Jonathan Cape (a editora do livro) que pagasse todas as *royalties* que *Blake* auferiria com o seu livro, sem deduções dos custos incorridos por este. Todavia, tal não indica que a solução encontrada se tenha baseado no lucro líquido total de *Blake*. É que, efetivamente, o que estaria em causa seriam custos pessoais – tempo, habilidade, esforço -e, tendo em conta a factualidade do caso *sub judice*, *Blake* já teria recebido uma quantia cifrada em 60 mil libras da editora (sendo esse montante irrecuperável). A solução encontrada pelo tribunal, contrariamente ao que foi dito *supra*, não se estendeu à totalidade dos lucros. Realmente, o que foi removido resulta do montante que restava pagar, por parte da editora, a *Blake*. Quer isto dizer, seria improvável que os custos pessoais de *Blake* tenham sido superiores a essa quantia e, por isso, foi removido o lucro líquido, *vd*, CUNNINGTON, RALPH, *The assessment...*cit, p. 576-577.

⁸¹ *Vd*, VIRGO, GRAHAM, *Restitutionary remedies for wrongs: causation and remoteness*, in (ed) RICKETT, CHARLES EF, *Justifying...*cit, p. 309. O autor reconhece, no entanto, que essa separação entre os dois montantes lucrativos distintos não será feita de forma automática. Caberá ao tribunal, através de uma operação discricionária, decidir o montante a atribuir, *vd*, *id*, p. 310.

habilidades e esforços do devedor, como um instrumento flexível que o tribunal dispõe para determinar justamente o lucro que deve ser removido⁸².

II.II. ORDENAMENTO JURÍDICO NORTE-AMERICANO: O CAMINHO PARA A SECÇÃO 39

Ao contrário do ordenamento jurídico inglês, em que se reconheceu, no seio contratual, o *disgorgement* como instrumento de remoção dos lucros derivados de um inadimplemento, ainda que como meio de tutela de *ultima ratio*, alternativo e excepcional, no ordenamento estadunidense o interesse no *disgorgement* não encontra respaldo no “*Restatement Second of Contracts*” (doravante, R2C).

Na Doutrina contratual norte-americana, podemos encontrar discernidos três interesses distintos: (a) o “*expectation interest*”, visando colocar o lesado na situação que estaria se o contrato tivesse sido cumprido; (b) o “*reliance interest*”, visando colocar o lesado na situação em que estaria se o contrato não tivesse sido celebrado; (c) o “*restitution interest*”, que corresponde ao interesse do lesado em ser-lhe restaurado qualquer benefício que este conferiu à outra parte⁸³. A natureza deste *restitution interest* nada tem a ver com a “*restituição*” no “enriquecimento injusto”, muito menos com a remoção de um lucro derivado de um inadimplemento. O que FULLER e PERDUE afirmaram no seu artigo, que veio a definir os interesses a serem protegidos no âmbito contratual, foi que o credor teria o direito de reaver aquilo que transferira para o devedor, na pendência dum contrato, que no final este não cumpriu ou que se tornou inválido, e que tal preveniria um ganho do devedor, *i.e.*, a prevenção de um “enriquecimento injusto”⁸⁴. Ainda que definido diferentemente, o “*restitution interest*” no R2C visa, igualmente, restituir ao *accipiens* esse mesmo benefício. Trata-se, no fundo, de uma *devolução/restauração*⁸⁵ daquilo que foi pago em razão de um

⁸² *Vd.*, CUNNINGTON, RALPH, *The assessment...cit.*, p. 581.

⁸³ *Vd.*, *Restatement Second of Contracts* (1981), §344, *apud*, KULL, ANDREW, *Disgorgement for breach, the restitution interest, and the restatement of contracts*, TLR, v. 79, 2001, p. 2038-2039.

⁸⁴ *Vd.*, FULLER, L.L., WILLIAM, PERDUE, *The reliance interest...cit.*, p. 53-54.

⁸⁵ Há quem tenha teorizado que o “*restitution interest*” seria melhor chancelado pelo interesse da “*restauração*” – o *restoration interest*. A restituição estaria ancorada não numa política contra o “enriquecimento injusto”, mas sim, numa política de restaurar à vítima dum incumprimento a sua posição pré-contratual, *vd.*, ANDERSEN, ERIC G., *The restoration interest and damages for breach of contract*, MYLR, v. 53, 1994, p. 38.

contrato não cumprido ou inválido: aquilo que o autor pagou em avanço e que quer reaver esse montante, sem ter de provar qualquer dano⁸⁶, enquadrada numa operação retroativa.

Neste quadro conceptual, o R2C segue a linha propugnada por FULLER, *i.e.*, uma escala gradativa dos interesses contratuais que protegem um determinado lesado. Ora, porque assim é, o montante visado pela “*restitution interest*” não pode ser maior do que o visado pela “*reliance interest*” e, por sua vez, este último não poderá ser maior que o “*expectation interest*”. Consequentemente, quem vir no “*restitution interest*” uma possibilidade de remoção de um benefício, a título de “restituição” do *disgorgement*, assume uma posição contrária à estabelecida no R2C. Ambos são inconfundíveis. E, em suma, o *disgorgement* não ficou consagrado no regime contratual norte-americano.

Se ainda restarem dúvidas sobre a dissemelhança entre o “*restitution interest*” e o *disgorgement*, essas ficarão dirimidas perante o seguinte exemplo. Suponhamos a celebração de um contrato de compra e venda, em que C e V acordam na venda de um determinado bem pelo preço de 100. V avaliou o bem em 90 e C avaliou-o em 110, portanto o contrato é vantajoso para ambos. Entretanto, V recebe uma nova proposta de um terceiro, oferecendo-lhe 125 pelo mesmo bem. O V realiza, dessa forma, um lucro de 25. C poderá exigir o valor de 10, que é a diferença entre a sua avaliação do bem e o preço do contrato. O valor do *disgorgement* é 25, correspondendo ao ganho do ilícito, que como temos vindo a elencar, coloca não o credor, mas o devedor, na posição em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido. Já o valor do “*restitution interest*”, seria de 100, caso C tivesse adiantado essa quantia⁸⁷.

Neste ordenamento jurídico, sem embargo de o *disgorgement* não ter sido consagrado como um interesse a ser protegido no seio contratual, e antes mesmo da sua consagração normativa no R3RUE, os autores estadunidenses não deixaram de conjecturar a

⁸⁶ KULL, ANDREW, *Disgorgement...cit*, p. 2031. O autor elucida-nos que o único “enriquecimento injusto” a que Fuller se refere é um “enriquecimento injusto” dum parte que obteve o cumprimento dum obrigação sem ter cumprido com a sua. Daí que o autor afirme que esta categoria estreita a que Fuller se refere não estaria, normalmente, ligada a um problema normativo de “restituição”. Quer isto dizer, a estrutura do modelo analítico de Fuller indicia-nos que o “*restitution interest*” nunca poderá possibilitar um montante maior do que a perda do lesado. Logo, não poderá consubstanciar um valor maior do que o *reliance interest*, que também visa o regresso ao *status quo ante* *vd, id*, p. 2036-2037. Este, de acordo com Fuller, só se distingue do *restitution interest*, na medida em que esse lesado confiou no cumprimento do contrato, incorrendo, por exemplo, em despesas, sem ter “enriquecido” a sua contraparte, e, portanto, o *quantum* nesta situação poderá ser maior *vd, FULLER, PERDUE, The reliance...cit*, p. 55.

⁸⁷ Baseamo-nos no exemplo do estudo sobre o *disgorgement* de FARNSWORTH, E. ALLAN, *Your loss or my gain, the dilemma of the disgorgement principle in breach of contract*, YLJ, v. 94, 1985, pp. 1341-1342.

hipótese de o lesado ter direito aos ganhos do inadimplente⁸⁸. Um importante estudo, nesta matéria, resulta de um artigo de FARNSWORTH. Nele, o autor parte da doutrina da causalidade (o teste “*but-for*”)⁸⁹ para negar o provimento do *disgorgement*. Parte do pressuposto de que aplicando esse teste, nem todo o lucro que seja realizado à custa de um incumprimento, se traduza num ganho efetivo para o lesante. Vejamos três situações problemáticas elencadas pelo autor.

Um primeiro problema seria aquele em que, aderindo a esta doutrina da causalidade, a medida do lucro do inadimplente podia não traduzir-se num ganho efetivo que resultasse causalmente do incumprimento. Por outras palavras, seguindo o mesmo exemplo mencionado *supra*, podia o inadimplente ter conseguido outros meios para realizar aquele lucro que é exigido: o incumprimento não seria a causa do lucro porque esse ganho poderia ter sido realizado por outros motivos, que não se consubstanciassem no incumprimento. Suponhamos que aquele bem transacionado era um bem único, insubstituível. Quando o segundo comprador alicia o vendedor, este poderia ter negociado um acordo com o primeiro comprador, de forma a que conseguisse vender ao segundo, pelo melhor preço, o bem em causa, sem que ocorresse o inadimplemento. Isto é, celebraria um novo acordo, garantindo-lhe a possibilidade da realização do lucro em causa (neste caso, de 25) sem incumprir o contrato. Daí que FARNSWORTH assevere que o ganho conseguido

⁸⁸ Era e é um axioma de que o que resultava do artigo de Fuller e Perdue corresponderia a uma proteção da posição do lesado, dividida em três interesses contratuais. Nesta divisão tripartida, sem exceção, a tutela contratual visava proteger a esfera patrimonial deste, afetada pelo incumprimento do contrato. Atendia – e continua a atender –, a uma perda patrimonial desse lesado, como resultado do inadimplemento. A este entendimento, inquestionavelmente axiomático, foi adicionada uma nova questão: em ações de danos, distinguindo-se das ações de “restituição”, deverá ou não a atenção do ordenamento jurídico ser também direcionada para os ganhos do lesante, realizados ou como resultando do incumprimento, *vd*, DAWSON, JOHN P., *Restitution or damages*, OSLJ, v. 20, 1959, p. 186. O autor entendia que, a aplicação do *disgorgement*, tal como era possível no regime fiduciário, a mesma deveria fazer parte do esqueleto contratual. Mas, curiosamente, o autor entendia que a “restituição”, tal como ela é desenhada por Fuller e Perdue, não conseguiria explicar tal proteção. O autor então afirmou que esta ideia inculcar-se-ia numa ótica de “prevenção do lucro através do incumprimento do contrato”, embora simultaneamente reconhecesse que “não é um fim aprovado pela ordem legal”, *vd, id*, p. 187. Estes antecedentes de Dawson, tributários da ideia de remoção do lucro contratual, só viriam mais tarde, na doutrina americana, a ser discutidos por Farnsworth.

⁸⁹ Na doutrina inglesa, os autores aplicam o mesmo teste. Isto é, só se será responsável pela remoção do lucro, quando o lesado dessa relação contratual consiga demonstrar que este não teria obtido os benefícios particulares senão (“*but-for*”) pelo incumprimento do contrato. Quer isto dizer, este teste da causalidade vem demonstrar que o incumprimento do contrato será uma causa do ganho realizado, quando esse lesado consiga provar que o incumprimento é a causa principal do benefício obtido, *vd*, VIRGO, GRAHAM, *Restitutionary remedies...cit*, p. 304. É lógico que assim seja: só os ganhos que resultarem do incumprimento do contrato é que deverão ser removidos. No mesmo sentido, *vd*, EDELMAN, JAMES, *Gain-based...cit*, p. 104 e BARNETT, KATY, *Accounting...cit*, p. 189.

com o incumprimento seja tão-só o *quantum* que teria de pagar-se ao lesado para um acordo que o libertasse da sua obrigação. Logo, o ganho poderia ser justificado por outros meios⁹⁰.

Um outro problema que o autor elenca contende com aquilo que este designa por *joint cause*. Trata-se da questão que já fizemos alusão, da destreza e habilidade do lesante como contributos para o montante total dos lucros⁹¹. Ainda no âmbito do nosso exemplo, suponhamos que foi por força da destreza do vendedor que este conseguiu localizar um segundo comprador que lhe oferecesse um valor superior àquele inicialmente acordado, obtendo dessa forma o lucro em causa. Se, com toda a legitimidade, o incumprimento do vendedor é a causa do lucro, o que dizer do seu esforço? De outro modo, tanto o incumprimento como o esforço do vendedor são *joint causes* do montante total do lucro. O autor interroga-se como é que o tribunal procederá perante esta questão, tendo em conta que o lesado poderá não exigir o lucro total⁹².

Por fim, a questão da “*remote cause*”, *i.e.*, a questão de saber quão extensível será a exigência do *disgorgement*. Consideremos agora que, com o lucro realizado pela segunda venda, o comprador compra determinadas ações na bolsa, e com isso exponencia o seu lucro inicial para 2500. A questão que o autor coloca é de saber se terá o lesado direito ao valor mais pequeno ou este valor maior.

Com efeito, estes problemas de causalidade colocados por Farnsworth constituem um entrave para a aceitabilidade do *disgorgement* como resposta do ordenamento jurídico ao incumprimento de um contrato⁹³. No entanto, essas objeções do autor, de acordo com a posição de EISENBERG, não devem proceder. Vejamos.

⁹⁰ *Vd.* FARNSWORTH, E. ALLAN, *Your loss or my gain...cit.*, pp. 1343-1347.

⁹¹ *Vd.*, p. 42.

⁹² *Vd.* FARNSWORTH, E. ALLAN, *Your loss or my gain...cit.*, pp. 1347-1349.

⁹³ O autor reconhece uma exceção à não admissibilidade do *disgorgement* perante um incumprimento do contrato. Tratar-se-ia dos casos em que o autor denomina por “*abuse of contract*”, *i.e.*, nos casos em que ocorre uma prestação defeituosa por parte do devedor, realizando este um ganho como resultado dessa prestação, e deixando o credor sem meios para obter uma outra prestação substituta. Trata-se, no fundo, se repararmos, dos casos de “*skimped performance*” que aludimos *supra* (tendo sido negada, no caso de “*Blake*”, pela Câmara dos Lordes, a extensão do *disgorgement* nestes casos). Ao contrário dos casos de dupla venda, em que o lesado, na ótica do autor, poderá encontrar um meio de ressarcimento satisfatório com base no “*expectation interest*” (podendo obter dessa forma uma prestação substituta), nestes casos de “*skimped performance*”, o argumento do autor prende-se com o facto de que o lesado poderá ficar “subcompensado”. Suponhamos o exemplo de um contrato para construção de uma habitação pelo preço de 150 mil. O construtor lesante descobre que se utilizar determinados materiais conseguirá poupar 25 mil. O lesado descobre essa poupança depois de ter pago o preço. Agora, este poderá vender a habitação com uma diminuição de 10 mil e custar-lhe-ia 60 mil para substituir os materiais que, inicialmente, foram acordados. Poderá o lesado exigir, a título de *disgorgement*, a poupança, ou melhor dizendo, o “*lucro negativo*”, do lesante (25 mil)? Hipoteticamente, se a diminuição do valor da habitação se cifrasse num montante superior, 30 mil por exemplo, a exigência do *disgorgement* não faria sentido e o lesado preferiria o valor da sua expectativa. Porém, se o lesado não consegue provar um valor

Na primeira situação, em que o incumprimento do contrato não justifica o montante total dos lucros do lesante, porque este poderia ter obtido o mesmo, sem incumprir (bastando que renegociasse com o lesado), retrata uma visão inteiramente hipotética e desajustada: não sabemos se o lesado aceitaria uma nova proposta que permitisse à sua contraparte justificar o seu lucro de outra forma. Não teríamos forma de sabê-lo. O que é certo e efetivo é que o incumprimento possibilitou um ganho à contraparte. Isso é factual e ajustado à realidade.

Por outras palavras, o lesante detém o lucro que detém, por causa do incumprimento; se não fora o incumprimento, ele não teria esse ganho⁹⁴.

Quanto à segunda situação, das *joint causes*, estas não se qualificam propriamente como uma objeção ao *disgorgement*⁹⁵. Já vimos que, nestes casos, pode haver uma dedução, pelo tribunal, do montante total dos lucros, em razão das eventuais habilidades do réu.

No caso da *remote cause*, não haveria qualquer fundamento para o credor exigir o que se multiplicou com o lucro do incumprimento. O *disgorgement* visa tão-só remover um lucro que resultou única e exclusivamente do incumprimento do contrato⁹⁶.

superior ao montante do “*lucro negativo*”, a título da sua expectativa do contrato, então a exigência do *disgorgement*, embora superando o valor da perda patrimonial do lesado, na opinião de Farnsworth, terá lugar. Desde logo, essa exigência justificar-se-ia por um argumento moral de que o lesado ficará com uma habitação construída por materiais que não aqueles que foram acordados, sem hipótese de substituição, dado que esse custo (o de substituição) supera o valor da indemnização. Porque assim é, o risco de “subcompensação”, aliada à injustiça da situação, justificaria o *disgorgement*. Compreenda-se que, para o autor norte-americano, não estaria em causa a atitude despesista e dolosa do lesante, que justificasse uma “punição” (“qualquer extensão do princípio do *disgorgement* não deverá atender ao caráter do incumprimento”). O *disgorgement* seria justificado tão-só pela “subcompensação” e pela impossibilidade de uma prestação substituta, *vd*, FARNSWORTH, E. ALLAN, *in totum*, *Your loss or my gain...*cit, pp. 1382-1393.

⁹⁴ Importa notar que o argumento de causalidade de Farnsworth não vem negar o *disgorgement*; pelo contrário, vem viabilizá-lo. O argumento de causalidade vem tão-só contestar a medida do lucro que deve ser removida, porquanto Farnsworth acredita que se o lesante tivesse tido a oportunidade de negociar com o lesado, de modo a que conseguisse vender o bem a um terceiro, o preço que este pagaria para esse acordo, seria o *quantum* do *disgorgement*, *vd*, EISENBERG, MELVIN A., *The disgorgement...*cit, p. 567. Além do mais, medir os danos do lesado como se o lesante tivesse tido êxito na renegociação, seria recompensá-lo: poderia ter renegociado, mas preferiu o incumprimento. O que, por sua vez, torna o lesante ainda mais *culpável*, tendo em conta esse cenário hipotético, *vd*, *id*, pp. 567-568.

⁹⁵ Mais uma vez, a crítica de Farnsworth, no que concerne a este problema, não consubstancia uma rejeição do *disgorgement*, porquanto se este não for equacionado pelo tribunal, não haverá a divisão dos lucros. Desta forma, trata-se de um argumento que se dirige ao *quantum* do lucro que deve ser removido, *vd*, EISENBERG, MELVIN A., *The disgorgement...*cit, p. 568.

⁹⁶ O *disgorgement* está sujeito a um princípio de *remoteness*, *i.e.*, nem todos os benefícios que acrescem no património do lesante devem ser removidos. Caso contrário, sem este princípio limitativo, o lesado estaria numa posição muito mais vantajosa, escudada numa “supraproteção” injustificável. Assim, os benefícios realizados indiretamente pelo lesante – os benefícios remotos, por assim dizer – não devem ser considerados para este cálculo, *vd*, VIRGO, GRAHAM, *Restitutionary remedies...*cit, p. 306. Seria igualmente inapropriado permitir ao lesado que exigisse os proventos dos investimentos feitos pelo devedor com o lucro do incumprimento. Na *Common Law*, além do princípio da *remoteness*, a doutrina da previsibilidade (de *Hadley v. Baxendale*) impediria essa exigência, *vd*, EISENBERG, MELVIN A., *The disgorgement...*cit, p. 569.

Neste quadro conceptual, a consagração do *disgorgement* como medida alternativa aos danos contratuais, surge postulada na secção 39 do R3RUE⁹⁷. Importa compreender, desde logo, que ao contrário do ordenamento jurídico inglês, que consagrou o *disgorgement* como medida alternativa e excecional para o incumprimento do contrato, situando-o numa lógica defensora do lesado pelo inadimplemento, *i.e.*, como resposta conferida no âmbito contratual, aqui o *disgorgement* situa-se como elemento “restitutório” de um montante a ser removido, mas que – se atentarmos às duas regras (a da secção 22 e da secção 39, *mutatis mutandis*) –, observa a mesma intenção, indicia a mesma pretensão dos ordenamentos jurídicos em atentarem na posição jurídica do lesante, na qual, no seu património, acresce um montante lucrativo que deve ser removido, ou porque, no caso inglês, os *expectation damages* e a *specific relief* consubstanciam uma tutela inadequada em ordem a proteger a posição do credor, ou porque, já no caso norte-americano, o incumprimento se dê de forma deliberada, oportunista, na qual resultem determinados lucros, que a tutela convencional não consegue cobrir e que, por essa razão, se revela inadequada à proteção do credor. Numa palavra, os ordenamentos jurídicos em causa entendem que, quando equacionam a hipótese do *disgorgement*, a posição jurídica do lesado não está devidamente protegida e que o lesante, mediante a observância de certos condicionalismos, deverá entregar os lucros que foram despoletados pelo seu inadimplemento, ou pela via contratual (caso inglês), ou pela via da “restituição”, *rectius*, “enriquecimento injusto” (caso norte-americano⁹⁸).

⁹⁷ *Vd.*, n. 20.

⁹⁸ A secção 39 funciona como um preenchimento de uma omissão no R2C, *i.e.*, dos casos em que o *disgorgement* visa atuar no âmbito do incumprimento contratual. A própria epígrafe do capítulo é designada por “*Restitution and contract*” separada de outro capítulo onde se encontram os outros “*disgorgement remedies*” (“*Restitution for wrongs*”). Além disso, a regra da secção 39 diz expressamente que a secção é uma alternativa ao “*remedy*” dos danos (*vd.*, n. 20). Por isso, não deixa de ser curioso que a regra seja vista como *híbrida*, ou seja, vista por um lado, como uma “*regra contratual*” e, por outro, como uma “*regra restitutória*”, *vd.* ANDERSON, ROY RYDEN, *The compensatory disgorgement...cit.*, p. 975. Com efeito, trata-se duma figura de *fronteira*, entre duas tipologias, *rectius*, entre dois instrumentos do direito privado.

A palavra restituição, tal como no ordenamento jurídico inglês, assume um papel confuso. Aqui, a “*regra restitutória*” pretende aludir à consequência comum do “enriquecimento injusto” porque, já o sabemos, onde se lê “*restitution interest*” no âmbito contratual, dever-se-ia ler “*restoration interest*”. Só que, ao contrário do ordenamento inglês (em que o *disgorgement* se assume como regra contratual), há um problema: o *disgorgement* não pode ser substituto da restituição que é visada no “enriquecimento injusto”, porquanto muitas vezes o *disgorgement* confere um montante ao lesado superior à sua perda efetiva (pense-se nos casos de “*skimped performance*” ou nos casos de “obrigações negativas”), *vd.* KULL, ANDREW, *Disgorgement...cit.*, p. 2052. É como se se tratasse, no ordenamento americano, de uma categoria “*mais forte*” da restituição, ainda que enquadrada no “enriquecimento injusto”. Portanto, a solução inglesa e americana diferem: a primeira entende que é o ilícito que dá origem ao lucro, a segunda entende que é o “enriquecimento injusto”. Não podemos deixar de notar, contudo, que se torna num exercício de ficção afirmar que existe um “*locupletamento à custa do lesado*” ou que os lucros foram subtraídos do património do lesado. Isto é, de acordo com a visão de BURROWS (que parece ter mudado de opinião, visto que compilou o *Restatement*

Como vimos anteriormente, a secção 39 tem como epígrafe “Lucros derivados de um incumprimento oportunista”, elencando que, se o incumprimento do contrato tiver sido simultaneamente material e oportunista, o lesado tem o direito à restituição do lucro realizado pelo devedor, como resultado desse incumprimento⁹⁹.

Por sua vez, um incumprimento oportunista identificar-se-ia com três condições cumulativas: 1) que o incumprimento tenha sido deliberado; 2) que o incumprimento tenha sido lucrativo; 3) que a proteção dos danos contratuais seja inadequada para a proteção do direito do lesado.

inglês dos contratos e nele incluiu o *disgorgement*) e, neste caso, de Kull, *Unjust enrichment & Restitution* são indissociáveis, são as faces da mesma moeda, congregando no seu seio, quer o *enrichment by subtraction*, quer o *enrichment by wrongdoing*, *vd*, BURROWS, ANDREW, *Quadrating restitution and unjust enrichment: a matter of principle*, RTLR, v. 8, 2000. Diferentemente, para BIRKS, a “restituição” é multicausal, *rectius*, não quadra só com o “enriquecimento injusto”. A restituição responde a mais eventos, designadamente, aos *wrongs*. E, no caso dos *wrongs*, na qual se enquadra o incumprimento do contrato, tal nada tem a ver com o “enriquecimento injusto”, *vd*, BIRKS, PETER, *Unjust enrichment and wrongful enrichment*, TLR, v. 79, 2001. Todavia, mesmo os multicausalistas não se entendem quanto à terminologia a ser usada. Mas essa questão já foi por nós tratada (*vd*, n. 47).

Definindo igualmente o *disgorgement* como “restituição forte do locupletamento”, caracterizando-o não como uma “devolução”, mas como, “entrega de um ganho que adveio ao devedor independentemente de qualquer transferência a partir do património do credor ou de qualquer dano a ele causado” ou ainda, muito especialmente para o nosso estudo, como “a sub-rogação do credor aos ganhos do incumprimento do devedor” *vd*, ARAÚJO, FERNANDO, *Teoria...cit*, pp. 819-820. Sem nunca fazer o paralelismo com o ordenamento jurídico português, o Professor parece aceitar os argumentos alvitados pela doutrina americana, concedendo, por isso, uma “janela” para o *disgorgement*, precisamente nos casos de “incumprimento oportunista, cínico, precedido de atitudes dolosas, predatórias ou parasitárias, nas quais seria de estranhar que fosse permitido ao perpetrador retirar benefícios da sua atitude”, mesmo que tal demonstre uma “incompatibilidade entre *disgorgement* e incumprimento eficiente” (como já vimos), *vd*, *id*, p. 825.

⁹⁹ Mesmo antes da consagração da secção 39, o seu redator, Kull, já havia escrito um estudo sobre o *disgorgement*, na qual argumentava que o campo operativo deste se situava nos incumprimentos *oportunistas* e *lucrativos*. Para o autor, o incumprimento seria oportunista, quando o lesante, ao decidir pelo incumprimento, concomitantemente, negocia com o lesado uma forma de conseguir furtar-se ao cumprimento dos termos do contrato, pagando menos ou levando mais do que as partes tinham acordado. Congregaria, no fundo, uma atitude exploradora, procurando retirar vantagens da vulnerabilidade da contraparte, *vd*, ROBERTS, CAPRICE L., *Restitutionary disgorgement as a moral...cit*, p. 994. O incumprimento seria lucrativo, quando o devedor tivesse de pagar, a título indemnizatório, um montante menor do que o custo do contrato incumprido.

KULL, neste mesmo estudo, cita a decisão da Câmara de Apelação do caso *Blake*, onde foram identificados dois casos prototípicos de *disgorgement*: os casos de “*skimped performance*” e os casos das “*obrigações negativas*”. Nesta leitura, o autor entende que os dois casos protagonizam a precisa definição do incumprimento oportunista, porque é precisamente nestas em que a forma de incumprimento violou expressa e especificamente o acordo entre as partes, ou seja, aquilo em que as partes fundaram a sua decisão de contratar, *vd*, KULL, ANDREW, *Disgorgement...cit*, p. 2046-2050. A *contrario*, existem exemplos de incumprimentos intencionais e lucrativos, que não são oportunistas: serão os casos em que o lesado é ressarcido totalmente pelos danos contratuais, *vd*, *id*, p. 2051.

Portanto, as “*bases*” estavam lançadas: o incumprimento do contrato, com o *disgorgement*, tornar-se-ia não lucrativo. A justificação repousaria na mesma *ratio* do *disgorgement* de direitos de propriedade, ou seja, a intenção do devedor em descurar por completo os direitos do credor, isto é, a eleição do *solvens* na preferência da violação dos direitos do *accipiens*, em detrimento de uma possível renegociação ou consentimento com o credor. Aplicar tal analogia ao incumprimento oportunista contratual, contribuiria para a (re)-formalização da integridade da instituição contratual, *vd*, KULL, ANDREW, *Disgorgement...cit*, p. 2045.

Se repararmos, a secção 39 traduz-se numa condensação daquilo que, até agora, temos vindo a referir, dado que reúne os argumentos que têm sido aventados para a admissibilidade de uma regra como o *disgorgement*.

Detenhamo-nos individualmente em cada um dos seus requisitos.

O primeiro exige que o incumprimento seja deliberado: exige-se um requisito de intencionalidade, ou seja, de culpabilidade do lesante no inadimplemento do contrato¹⁰⁰. Quer isto dizer, o lesante previu as consequências do ilícito e, ainda assim, agiu com a intenção de incumprir as suas obrigações. Este constitui o primeiro indício de oportunismo¹⁰¹.

O segundo requisito exige que o inadimplente realize um lucro. Um inadimplemento lucrativo será, naturalmente, aquele em que o lesante vende um bem a A por um determinado preço, e mais tarde, vende a B, por um preço superior. Desde logo, neste caso, o lesante realiza um lucro. Mas tal não é suficiente. É necessário, e a subsecção 3 refere

¹⁰⁰ O R3RUE evidencia a visão de que o *disgorgement* no incumprimento do contrato tem como fim o desencorajamento dos devedores em cometer o ilícito. Isto é, ao condicionar o *disgorgement* a um requisito de intencionalidade, àqueles que pensam em incumprir o contrato culposamente, o R3RUE enfatiza que não lhes será permitido um lucro. Como resultado, o *disgorgement* atuará contra os devedores que, conscientemente, cometem o ilícito, *vd*, MCBRIDE, NICHOLAS, *Restitution for wrongs*, p. 255 in (org.) MITCHELL, CHARLES, SWADLING, WILLIAM, *The restatement third: restitution and unjust enrichment: critical and comparative essays*, London: Hart Publishing, 2013.

Note-se que, no ordenamento jurídico inglês, na secção 22, não se consagrou qualquer requisito de intencionalidade do incumprimento. Todavia, parece resultar implicitamente do requisito lá postulado, que o incumprimento seja deliberado. Tal é comprovado pelo comentário de Burrows, onde afirma que em adição à inadequação dos outros “*remedies*”, parecerá que outro mínimo requisito seja aquele em que o lesante tenha incumprido o contrato deliberadamente, calculando que assim fosse lucrativo, *vd*, BURROWS, ANDREW, *A restatement...cit*, p. 136.

¹⁰¹ Campbell critica este requisito na medida em que a intencionalidade do lesante pode não consistir numa atitude de má-fé, tendo em conta que pode dar-se o caso de o lesante estar de boa-fé na intenção de incumprir com as suas obrigações, porque acredita que o contrato tornar-se-á impossível de cumprir. Apesar desta lógica rebuscada e forçada, os autores apoiam-se na ideia duvidosa de Posner de que um incumprimento contratual deliberado, não corresponde necessariamente a um comportamento culpável, *vd*, CAMPBELL, DAVID, *A relational critique of the third restatement of restitution section 39*, W&LLR, v. 68, 2011, p. 1103.

Outro autor critica a omissão da secção em não estender o *disgorgement* aos incumprimentos inocentes ou negligentes, *vd*, ANDERSON, ROY RYDEN, *The compensatory disgorgement...cit*, pp. 981-983. O autor revela que existe uma contradição imane da regra. É que se o propósito desta é conferir proteção ao lesado vulnerável e frustrar, concomitantemente, o comportamento oportunista do lesante, reforçando dessa forma a estabilidade do contrato (isto é, promovendo a habilidade das partes para a renegociação), não se percebe a limitação aos incumprimentos deliberados. Além disso, a *ratio* da secção 39 está intimamente ligada a uma ideia de reforço da prevenção, na medida em que visa a promoção do acordo entre as partes, em detrimento do incumprimento. Porque assim é, a sua ideia não é *punir* (“enquanto a regra desta secção tem como escopo tornar o incumprimento não lucrativo, não procura punir o incumprimento ao remover os lucros do devedor como um todo”), mas sim, *prevenir*, *vd*, *id*, p. 981-982. Não poderíamos concordar com esta ideia de extensão aos incumprimentos inocentes ou negligentes, como o autor refere. Nestes casos, menos graves por si só, não existe uma intenção de má-fé e egoísta no incumprimento do contrato; possivelmente, nestes casos, o devedor – porque não foi intencionado –, poderá chegar a um acordo na divisão dos lucros. A tutela desta secção visa tão-só proteger os credores vulneráveis, primacialmente quando os danos contratuais sejam inadequados.

isso¹⁰², que esses lucros sejam líquidos, ou seja, descontados da potencial e hipotética responsabilidade pelos danos que o lesado teria direito a ser ressarcido. Além disso, a subsecção ainda especifica que os lucros do incumprimento, além dos ganhos consequenciais, incluem despesas poupadas, parecendo ter consagrado os casos de “*skimped performance*,” típicos casos em que o lesante consegue poupar despesas na pendência do cumprimento dum contrato¹⁰³. Por fim, a subsecção 3 ainda afirma que os lucros em causa serão todos aqueles em que o lesante não teria realizado se não fosse o incumprimento, consagrando assim o teste “*but-for*”.

O último requisito é já nosso conhecido do ordenamento jurídico inglês: o requisito da inadequação da proteção do lesado que os direitos contratuais lhe conferem. A proteção que o direito contratual confere torna-se inadequada quando o lesado não conseguir adquirir um equivalente total da prestação em falta com uma transação substituta¹⁰⁴. Para tal, os “*expectation damages*” têm de ficar aquém dos danos do lesado. Além disso, o *disgorgement* será adequado quando a *specific relief* também o seria se tivesse sido possível decretá-la. Com efeito, referem os comentários adjacentes, que o *disgorgement* está desenhado para “operar o mesmo reforço contratual que as objetivas da *specific relief*... ainda que em estágios diferentes”¹⁰⁵. Tal vem reforçar a ideia, já por nós aludida, que o *disgorgement* consiste numa forma monetária da “*specific performance*”¹⁰⁶.

¹⁰² *Vd.*, n. 20.

¹⁰³ Apesar desta extensão, KULL refere que a condicionalidade de o incumprimento tornar-se lucrativo, atribuirá ao *disgorgement* uma aplicação rara: “o cálculo básico dos danos compensatórios torna altamente improvável, em qualquer transação que almeje bens disponíveis no mercado [bens fungíveis, portanto], que o ganho para o lesante como resultado do incumprimento, exceda as perdas que o lesado terá por essa mesma causa”, *vd.*, KULL, ANDREW, comentário f da secção 39, *apud.*, CAMPBELL, DAVID, *A relational critique*...*cit.*, p. 1107.

¹⁰⁴ *A contrario*, a proteção contratual conferirá ao credor uma adequada proteção quando o recoloca na posição que estaria se o contrato tivesse sido cumprido, ou por outras palavras, quando este conseguir obter uma prestação substituta. Se assim for, o *disgorgement* tornar-se-á desnecessário e, pela definição da secção 39, o incumprimento não terá sido oportunista, *vd.*, KULL, ANDREW, R3RUE, §39, *Tentative draft n°4*, 2005, *apud* CAMPBELL, DAVID, *A relational critique*...*cit.*, p. 1108.

¹⁰⁵ *Vd.*, ANDERSEN, ROY RYDEN, *The compensatory disgorgement*...*cit.*, p. 978. O autor critica esta equipolência, afirmando que o julgamento do *disgorgement* é sobre montantes pecuniários, e não tem qualquer semelhança com a prestação repudiada. Isto é, como um “*remedy*” monetário, o *disgorgement* visa uma tutela substitutiva, atuando não mais do que como uma substituição da prestação em falta. Ora, esse parece não ser, contudo, o entendimento do redator, tendo em conta que o comentário adjacente a esta alínea refere que “o *disgorgement* consiste no equivalente pós-incumprimento da *specific performance*”, *id.*, p. 979.

¹⁰⁶ *Vd.*, n. 77.

A findar este capítulo, não poderíamos deixar de dar conta da crítica contundente que ERNEST WEINRIB procedeu nos seus escritos sobre o *disgorgement*, à luz do conceito aristotélico de *justiça corretiva*¹⁰⁷.

Para o autor, é inquestionável que as pretensões como o *disgorgement* se filiem e sejam enformadas pelas fortes intuições éticas de que as promessas devem ser cumpridas. Isto é, a base ontológica do *disgorgement*, como já aventámos, liga-se a um sentimento, com ressonância moral, de que *ninguém deve lucrar com o seu próprio ilícito*¹⁰⁸.

Ora, o problema avançado pelo autor não está nas considerações jurídico-normativas do instrumento jurídico-privado do *disgorgement*, mas na simbiose entre este e o conceito de *justiça corretiva*, partindo do pressuposto de inadaptação correlativa.

O *disgorgement* envolve, desde logo, uma dificuldade com esse conceito de justiça: aquele pode justificar-se plausivelmente pelo facto do lesante ter lucrado com o incumprimento, mas o que não se justifica é o facto dos lucros se dirigirem para o lesado; é o facto de o lesado constituir-se no *recipiente* desses lucro. Isto é, a *justiça corretiva* pergunta pela conexão normativa entre esse ganho e o direito do lesado a tê-lo, porquanto este benefício, para esta *justiça*, terá de significar algo que, por direito, o lesado tinha, em virtude do ato ilícito do *lesante*, ou seja, quando corresponsivamente comparado com o dever do *lesante*. Nesta junção, os proveitos só preencherão o requisito desta *conexão normativa*

¹⁰⁷ Compreenda-se que o conceito de *justiça corretiva* opõe-se ao conceito de *justiça distributiva*, ambas formando dois lados contrastantes do valor da *Justiça*: a primeira corresponde à ideia de que a *responsabilidade* – como instrumento jurídico-privado do Direito – *retifica* uma determinada injustiça infligida por uma pessoa a outra (ocupando este espaço, quer as transações *voluntárias*, i.e. os contratos, quer as *involuntárias*, como os delitos); a segunda lida com a distribuição do divisível dentro duma comunidade política. Para Aristóteles, o juízo decisório neste conceito bipolar de justiça corresponde à interligação duma pessoa à outra, de acordo com o conceito de igualdade e justiça. Significa isto que, haverá *injustiça* onde esses valores sejam ausentes, ou seja, quando alguém possua algo que é *equitativamente* desigual com outrem.

Dito isto, interessar-nos-á mais, neste contexto, a *justiça corretiva*. A construção do *equitativo* neste tipo é aferida, para as transações voluntárias, *rectius*, contratos, sempre de acordo com um *nexo de corresponsividade*: há equidade quando as partes têm aquilo que, por direito, lhe pertencem; a injustiça ocorre quando uma das partes realiza um ganho e correspondentemente a outra parte, uma perda. O Direito visa, portanto, corrigir essa injustiça quando restabelece a equidade inicial da transação voluntária: a responsabilidade civil contratual é um desses mecanismos, ao retirar o ganho indevido e promover a restauração desse ganho à contraparte. *Justiça corretiva* é, assim, sinónimo de promoção de *retificação*, através dum processo no qual o que é justo é o que as partes recuperam precisamente o que perdem, num momento único que se desencadeia e termina na unicidade da corresponsividade da relação contratual (*lesante* e *lesado* são polos opostos da mesma injustiça, que se reconhecem apenas pela sua identidade contrária ao outro). Neste turno, é a responsabilidade, como válvula idealizadora da *retificação*, que liga o *direito* ao corresponsivo *dever*; que liga a *injustiça* à *retificação*, *vd, in totum*, WEINRIB, ERNEST, *Corrective justice in a nutshell*, UTLJ, v. 52, n. 4, 2002, pp. 349-356.

¹⁰⁸ Na expressão de WEINRIB, ao atender-se aos lucros do incumprimento, o *disgorgement* afia o velho princípio “*pacta sunt servanda*”, *vd, Punishment and disgorgement as contract remedies*, CKLR, v. 78, p. 73, 2003 e, *id, Corrective justice*, Oxford University Press, 2012, p. 158.

quando forem considerados constituintes do *direito* do lesado. E, desta forma, para WEINRIB, não é imediatamente aparente que o *disgorgement* – como pretensão - constitua o *reflexo* do direito do lesado. Porque, para uma pretensão se *conformar* à *justiça corretiva*, os danos têm de ser a medida do evento ilícito; não basta daí resultarem ganhos. E, neste caso, essa correlação efetivamente não existe¹⁰⁹. Portanto, a visão do *disgorgement* não esclarece, na concepção do autor, o porquê do *lesado* constituir-se no direito a receber os lucros do incumprimento. Falta uma justificação cabal para que o lesado se constitua no direito de ser o “*depositário*” desses lucros.

¹⁰⁹ Vd, *id*, in *totum*, pp. 75-76. O autor é muito crítico das decisões de *Adras* e *Blake*: a prossecução do *disgorgement*, nestas decisões, esteve sempre aliada à instituição contratual e ao devido respeito pelo princípio pontual dos contratos. Contudo, para o autor, tal justificação é manifestamente insuficiente: o que era necessário para fundamentar o *disgorgement* nestes casos concretos não poderia corresponder a um apelo à moral social duma promessa; ter-se-ia que vindicar a posição de que o direito contratual tem de se filiar no regime jurídico de *direitos* e correlativos *deveres*. Ao se filiarem no edifício moral, as decisões subverteram a *questão de direito* em causa, que correspondia ao incumprimento contratual e não à preservação desse edifício, *vd, id*, pp. 76.

III. A RESPOSTA DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: *COMMODUM EX NEGOTIATIONE?*

Depois de termos mergulhado nas ordens jurídicas inglesa e norte-americana, e termos perscrutado alguns “ventos de mudança” no que concerne à tutela jurídica do credor, no âmbito contratual, reconhecendo um possível interesse no *disgorgement*, um interesse no ganho ilícito do devedor, cumpre-nos, sem demoras, sondar o nosso ordenamento jurídico. Que respostas terá o nosso ordenamento – se é que realmente as terá - para o problema *decidendi*?

Prima facie, importa localizar, dentre as coordenadas jurídico-positivas do nosso CC, o problema do ganho ilícito contratual¹¹⁰. À primeira vista, pensar-se-ia que a “sede dogmática de resolução” caberia, naturalmente, ao instituto do enriquecimento sem causa¹¹¹. Veremos que não. O nosso caso de estudo é um problema dos efeitos das “*perturbações da prestação*”. Situa-se dentro da dinâmica do contrato e das suas vicissitudes e, por isso, forçosamente, na sede de resolução do cumprimento e não cumprimento das obrigações (*vd.* arts. 762º ss).

A instituição contratual, como sabemos, a par de outras, é uma fonte das obrigações. O contrato, visto como meio indissociável de uma sociedade industrializada e empreendedora, encontra a sua função na validação das relações jurídico-privadas e na regulação dos seus interesses. Funciona como um instrumento serviente de uma sociedade caracteristicamente salubre, que se quer ativa e desenvolta.

Quando os particulares celebram contratos entre si, gizando neles as suas vontades, visam a ordenação jurídica dos seus interesses. Não é por acaso que o legislador civil elencou, como ponto de partida do articulado contratual, o princípio da autonomia privada (art. 405º), expoente ineliminável da liberdade e autonomia do Homem. Nestes termos, as partes vinculam-se a um programa especialmente desenhado por elas, criando obrigações. Essas obrigações, por sua vez, materializam-se numa ação ou omissão, *rectius*, numa prestação, corporizada na pessoa que está adstrita à realização desta (art. 397º CC). E é neste

¹¹⁰ Foge do escopo do nosso estudo e, por isso, não focaremos a questão dos lucros ilícitos na responsabilidade civil extracontratual. Existe, igualmente, um amplo debate na Doutrina sobre a admissibilidade do *disgorgement* para a violação de direitos absolutos: aliás, é com mais acuidade que a questão é discutida do que propriamente nos direitos de crédito. No entanto, não podemos diretamente tratar desta questão aqui.

¹¹¹ Esta é a opinião do insigne civilista FRADA, MANUEL CARNEIRO, *Direito civil, Responsabilidade civil, O método do caso*, Almedina, 2010, p. 70. Salvo o devido respeito, discordamos. Mas, na devida altura, justificaremos (cf. n. 217).

dever que o contrato se assume com o seu efeito dinamizador¹¹², isto é, polarizando e aglutinando a missão de acolher, no seu espaço jurídico-normativo, as relações mundanas que se querem cobertas pelo manto do Direito.

Ora, a consequência normal deste programa contratual corresponde ao adimplemento dessas obrigações. Por outras palavras, o cumprimento contende com a realização da prestação (através de um simples ato jurídico realizado pelo devedor ou, em *lato sensu*, coativamente, através da ação de cumprimento intentada pelo credor – art. 817º CC) que era devida pelo devedor. Este, se cumprir, fica livre do seu dever de prestar (efeito liberalizador, extinguindo a obrigação) e, simultaneamente, do lado ativo, o credor vê o seu direito à prestação satisfeito (art. 762/1º CC), *maxime*, vê o seu interesse cumprido (art. 398/2º)¹¹³.

A consequência anormal verifica-se com o não cumprimento das obrigações, ou seja, *a contrario sensu*, a situação objetiva de não realização da prestação devida e a insatisfação do interesse do credor¹¹⁴. A sistematização do nosso CC, no que concerne ao

¹¹² *Vd.* n. 10.

¹¹³ Sem quaisquer pretensões de exaustividade, *vd.* VARELA, JOÃO ANTUNES, *Direito das obrigações*, v. II, 7ª ed., Reimp., Almedina, 2012, p. 7 ss; LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das obrigações*, v. II, 12ª ed., Reimp., Almedina, 2019, p. 143 ss; ALMEIDA COSTA, MÁRIO, *Direito das obrigações*, 12ª ed., Almedina, 2010, pp. 991 e ss; MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito das obrigações*, Programa 2017/2018, Apontamentos, 5ª ed., AAFDL, 2017, p. 197 ss; PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, 3ª edição, UCP-PORTO, 2019, p. 26 ss; CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4ª ed, Reimp., Almedina, 2007, p. 61 ss.

Neste processo de conjugação fenomenológica de “atos destinados a um certo fim – no nosso caso o cumprimento” (para utilizar a expressão do Professor Calvão, *vd.* *id.*, p. 70), as partes devem respeitar determinados princípios. Isto é, a esta sucessão de atos está colimada um universo principiológico. Destacáramos dois princípios: o princípio da pontualidade e o princípio da boa-fé, ambos com assento legal. O primeiro, que já aqui mencionámos a propósito da AED (*vd.* p. 26) decorre do art. 406º/1. Vimos que o respeito pela palavra dada, como princípio norteador dos contratos, suplanta quaisquer valores de eficiência económica. Como refere, e bem, Carneiro da Frada: “não existe fungibilidade entre cumprimento e indemnização: a obrigação não contém nenhuma faculdade alternativa desse tipo, como se o cumprimento deixasse de ser devido desde que o devedor pagasse os prejuízos...”, *vd.* *Direito civil...cit.*, p. 69 ou, lapidarmente, “(...) o devedor, sendo em regra livre de contratar, não é livre de não cumprir”, *vd.* CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Cumprimento...cit.*, p. 166. A prestação deve ser cumprida ponto por ponto, totalmente, e dentro do prazo estipulado no contrato, em obediência ao respeito pelas obrigações, “imperativos maiores da vida jurídica”, *vd.* *id.*, p. 160.

O princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações também se encontra vertido na letra da nossa lei civil, no art. 762/2º. As partes, neste ciclo de vida das obrigações, devem comportar-se de modo honesto, correto e leal (boa-fé em sentido objetivo). Resulta daqui a observância de determinados deveres. Em vista a uma dimensão completa da obrigação – obrigação agora, não no seu sentido singular, mas num sentido complexo - é exigido às partes a obediência aos deveres de “proteção, de conduta, de diligência, ou ainda deveres laterais”, auxiliares da realização positiva do fim contratual inicialmente previsto. Todos eles, incluindo-se, p.e, o dever de cooperação ou um dever de informação e esclarecimento, resultam da imposição da boa-fé contratual, *vd.* PINTO, CARLOS MOTA, *Cessão da posição contratual*, Almedina, 1982, pp. 338 ss.

¹¹⁴ *Vd.* VARELA, JOÃO ANTUNES, *Das obrigações...cit.*, II, p. 60. O legislador civilista não nos forneceu, ao contrário do cumprimento, uma noção de incumprimento. Todavia, ela parece ser inferida diretamente do

não cumprimento das obrigações, cinde-se entre a não imputabilidade e a imputabilidade ao devedor em relação à causa que originou a impossibilidade superveniente (ocorrida após a celebração de um contrato) do cumprimento: para a primeira, segue o leque normativo compreendido entre os arts. 790º e 797º CC; para a segunda, entre os arts. 798º e 803º CC. Significa isto que o devedor poderá ou não ser responsável pelos danos causados ao credor com o não cumprimento, conforme se ajuíze das circunstâncias que redundaram na causa que originou a impossibilidade da prestação¹¹⁵. Supondo que A e B, depois de terem celebrado o contrato de compra e venda de um automóvel, este objeto tiver sido totalmente destruído por um terramoto, a A não se assacará qualquer responsabilidade pelos danos causados no automóvel de B (“*res perit domino*” – art. 408/1º e 796/1º CC), originando uma impossibilidade objetiva (art. 790/1º CC). Essa impossibilidade objetiva determina, por sua vez, o fim do vínculo obrigacional, indiciado pelas palavras “a obrigação extingue-se”. Todavia, a linearidade desta afirmação não é absoluta. Isto é, não ocorre, pura e simplesmente, a extinção da obrigação, mas sim, e de forma *ope legis*, a extinção do dever primário a que o devedor estava adstrito¹¹⁶. Tal liga-se à ideia insofismável de que, e como já aventámos, a obrigação deve ser vista de modo complexo, “*um verdadeiro processo que se desenrola no tempo*”, que retrata a verdadeira unidade ontológica desta¹¹⁷. Quer isto dizer, desta relação obrigacional complexa, não só existe a obrigação simples e uma – caracterizadora do dever primário – como também procedem dela outros vínculos que completam este quadro. Além dos deveres laterais ou de proteção, que já fizemos referência,

art. 762/1º CC (daí o juízo *a contrario*). Mas, compreensivelmente, com a adição da perda de interesse do credor, que funciona igualmente como elemento modelador das perturbações da prestação. Prova disso, p.e, é o peso que adquire na situação jurídica qualificativa de *mora debitoris*. Esta situação jurídica, consabidamente, converter-se-á em incumprimento (definitivo) quando o credor perder o seu interesse (art. 808º CC). Não esquecendo que, se a causa da impossibilidade for temporária, e não definitiva, i.e, uma situação de mora não imputável às partes, o interesse do credor também funcionará como elemento modelador do destino da prestação – *ex vi* art. 792/2º.

¹¹⁵ De facto, repare-se que o nosso ordenamento jurídico estriba-se na doutrina da impossibilidade, como conceito centralizador de toda a regulação do cumprimento e não cumprimento das obrigações. Inobstante o seu passado genealógico no direito romano, a doutrina da impossibilidade adquire “foros de autenticidade” ou, melhor dizendo, a elevação a um “conceito de topo”, no direito das *perturbações da prestação*, com a construção de Mommsen e os seus estudos nesta matéria. A nossa lei segue, portanto, uma estrutura baseada na “*cause approach*” a contrastar já com outras soluções, designada e manifestamente, no direito tudesco atual, onde depois da *Schuldrechtsmodernisierung*, o “conceito funcional” passou a ser a violação de um dever - §280/1 BGB. Mesmo no direito inglês, como vimos, os conceitos são diferentes, baseando-se esta ordem jurídica na ideia de *breach*, *vd*, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade da prestação*, Almedina, 2018, pp. 20-23 e tb, aprofundadamente, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...cit*, p. 139 e ss.

¹¹⁶ Em entendimento similar, *vd*, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...cit*, pp. 253-260.

¹¹⁷ VARELA, JOÃO ANTUNES, *Das obrigações em geral*, v. I, 10ª edição, Almedina, 2000, p. 156.

existem os deveres secundários da prestação¹¹⁸, onde se avulta o dever de indemnização¹¹⁹ e, muito especialmente para o nosso caso, o *commodum subrogationis*. Porque assim é, dificilmente poder-se-ia falar de um desaparecimento, *rectius*, extinção da obrigação *tout*

¹¹⁸ PINTO, CARLOS MOTA, *Cessão...*cit, p. 335. São efetivamente secundários, porque, em primeiro lugar, surgem apenas a título eventual na relação obrigacional. Só surgem porque efetivamente há uma violação do dever primário de prestar e, por isso, estão dependentes dessa *falha* no programa contratual, *vd*, FRADA, MANUEL CARNEIRO, *Contrato e deveres de proteção*, Separata do v. 38 do BFD, Coimbra, 1989, p. 35, n. 64.

¹¹⁹ A nossa Doutrina discute a questão da relação entre o dever primário de prestar e o dever de indemnizar. Apesar de não existir uma remissão expressa do art. 798º CC para o compêndio normativo da obrigação de indemnização, parece ser pacífico na Doutrina que a indemnização contratual obedecerá aos critérios normativos dos arts. 562º e ss, *vd*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...*cit, II, p. 1267. Aliás, este parece ser o ponto central do nosso CC, quanto à convergência e unificação da responsabilidade civil contratual e extracontratual, sendo considerado inclusive um “*rasgo inovador*” do código de 66, *vd*, VARELA, JOÃO ANTUNES, *Rasgos inovadores do código civil português em matéria de responsabilidade civil*, BFD, v. 48, 1972, p. 85. Ora, dando-se o caso de haver uma impossibilidade culposa do devedor na causação da impossibilidade de prestar, este poderá ter que vir a indemnizar o credor pelos danos causados com essa falta de cumprimento (798º, 801º e 804º CC). Nessa hipótese, o dever de prestar convolar-se-á num dever secundário e sucessivo de indemnizar. Há, efetivamente, para a posição tradicional dominante, uma “identidade” entre estes deveres (sem que se ficione a assunção duma obrigação perpétua – ou *perpuatio obligationis*, na tradição romanística –, porquanto a obrigação de indemnização não se caracteriza unicamente pela *indemnização por equivalente* – art. 566º/1), operando-se uma modificação objetiva, quando o devedor tenha de indemnizar o credor, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...*cit, II, p. 1283 e ss. Evidentemente, o objeto do dever de prestar e o objeto do dever de indemnizar não são iguais, não têm a mesma patrimonialidade, não havendo, mais uma vez, uma assunção de que a obrigação de indemnização cobrirá um *dano mínimo* ou o valor objetivo da prestação, *vd, id*, p. 1290. A referida “identidade”, por isso, é normativa, jurídica (de acordo com o direito objetivo, pela manutenção das mesmas garantias que asseguram o cumprimento, do prazo prescricional e pela oponibilidade das mesmas exceções) e não material ou fáctica, *vd*, PINTO, CARLOS MOTA, *Cessão...*cit, p. 427, CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Cumprimento...*cit, pp. 148-149.

Outros autores contestam este entendimento, afirmando que o dever de prestar e o dever de indemnizar são diversos. A impossibilidade da prestação causaria a extinção do primeiro, dando lugar a uma nova obrigação, *vd*, p.e, LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das obrigações...*cit, II, p. 273, n. 571. Recentemente, surgiu um estudo nesta matéria, a favor desta posição, ensaiando uma reformulação ou, citando, uma “correção das teses propostas por Gomes da Silva”, que consabidamente, também defendia a distinção dos deveres em apreço, *vd*, PEREIRA, MARIA DE LURDES, MÚRIAS, PEDRO, *Obrigação primária e obrigação de indemnizar*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, v. II, Almedina, 2011, pp. 605 e ss. Os autores, depois de criticarem a tese da “unidade em sentido próprio” (que, como vimos, tb. não nos parece de acolher, porque se traduz numa *continuação do direito violado*, *vd, id*, p. 609, postulando inclusive um *dano mínimo* mensurado pelo valor objetivo da prestação, sem atender à valoração concreta do dano, *i.e* ao arpejo da fórmula da diferença – art. 566/2º), posicionam-se igualmente desfavoráveis quanto à tese mencionada *supra*. Entendem que, por exemplo, quanto às garantias, estas devem englobar as consequências do dever de cumprimento, incluindo-se a compensação pelos respetivos prejuízos; quanto ao prazo prescricional, os autores entendem que, por razões teleológicas ao instituto da prescrição – razões de finalidade protetora do devedor em matéria de prova do cumprimento –, deveria iniciar-se uma nova contagem. Os autores filiam-se ainda num argumento de direito comparado: com a nova redação do §275 BGB, pela sua interpretação, os deveres em causa não traduziriam mais equívocos, porque este, em conjugação com a locução do §280 “indemnização em vez da prestação”, inequivocamente assumiria a diferença dos deveres (*cf.*, no entanto, e em sentido diverso, nota seguinte), *vd, id*, pp. 617-629. De todo o modo, julgamos que, em ordem a obter estes resultados divergentes com a teoria da “identidade”, implica *obnubilar* uma parte importante da obrigação, *i.e*, aquela que é vista como uma junção de vínculos diferentes que convergem para o fim do dever primário. E o nosso sistema depõe no sentido contrário, ou seja, no sentido em que a obrigação é vista como um processo. Aliás, como refere PAULO MOTA PINTO, “(...) não existem, entre nós, (...) elementos que imponham a afirmação de uma distinção entre os referidos direitos”, *vd, Interesse...*cit, II, p. 1289.

court, tendo em conta a existência de uma possibilidade fática de surgimento, na esfera patrimonial do *solvens*, de algo que venha a substituir o objeto da prestação agora impossibilitada, seja ela imputada ou não imputada ao devedor¹²⁰. Foi isso que o nosso

¹²⁰ Repare-se que, em decorrência da nota anterior, se efetivamente não ocorre uma extinção da obrigação aquando da impossibilidade culposa, dado que surge – como “identidade” sucedânea – uma obrigação de indemnização, e se tal como entendia Carlos Mota Pinto, o *commodum subrogationis* também se classifica dentro da categoria dos “deveres secundários com prestações autónomas”, *vd*, *Cessão...cit*, p. 335, então tb., no caso de surgimento, na esfera patrimonial do devedor, aquando da impossibilidade não culposa, um objeto que se considere substituto da prestação impossibilitada, tal não infirmará a nossa ideia de que a obrigação não se extingue (à exceção da obrigação primária).

No fundo, se a indemnização e o *commodum* formam o núcleo das prestações secundárias, e se se entende que não há extinção da obrigação na impossibilidade culposa, por aparecimento duma obrigação de indemnização, então na impossibilidade não culposa, porque existe a eventualidade de aparecimento do *commodum*, o nosso raciocínio é logicamente o mesmo. Portanto, parece-nos que a impossibilidade da prestação não constitui uma causa de extinção da obrigação, pelo menos em sentido lato, tendo em conta que dificilmente se explicaria essa extinção com a possibilidade de surgimento do *commodum* de representação (como refere CATARINA MONTEIRO PIRES, “(...) o *commodum representationis* afasta qualquer construção que pretenda ver na impossibilidade superveniente uma causa de extinção do vínculo obrigacional em sentido lato”, *vd*, *Impossibilidade...cit*, p. 239), constituindo o *commodum*, portanto, num dado inequívoco do nosso sistema no sentido dessa posição. Tb. no plano do direito comparado, o §275/1 BGB depõe no sentido de que a impossibilidade não culposa em causa, exclui tão-só a pretensão do credor ao cumprimento natural, deixando intocadas outras vinculações, *vd*, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...cit*, pp. 232-239. Tal é particularmente notório quando o próprio §275/4 remete expressamente para o *commodum* de representação (§285 BGB).

Daqui decorre, por isso, que não podemos ver uma extinção automática do vínculo quando o legislador se refere, no art. 795º/1, à desobrigação do credor, precisamente porque, na pendência temporal do aparecimento do *commodum*, o credor poderá vir a exigí-lo (art. 794º). Da impossibilidade de prestar não se inferirá, a nosso ver, derivadamente, uma desvinculação automática, tanto da posição do devedor, que estará obrigado a informar o credor do benefício que veio sub-rogar a prestação impossível (art. 762º/2), e da posição do credor, que para o exercício do *commodum*, terá que contraprestar (como veremos *infra*, com a “teoria da sub-rogação”, n. 169). O que não significa (e é importante não olvidarmos), sem prejuízo destas considerações estarem entretecidas pela ideia da realidade *complexa* da obrigação, que o devedor esteja *ad aeternum* vinculado: quer aguardando por um sub-rogado, quer esperando uma resposta do credor para a hipótese de este aceitar o *commodum* ou desobrigar-se (art. 795º/1). Cogita-se, nesta latitude, uma espécie de “estado de suspensão” que nos se afigura procedente. Este estado corporizaria a ideia de que o devedor teria que impor a fixação de um prazo razoável, para que o credor decida se pretende ou não exercer o *commodum*, precisamente para evitar o prolongamento indefinido deste estado e, matricialmente, para evitar indefinidamente os custos de imobilização económica do bem sub-rogado, *vd*, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...cit*, p. 252-253. Daí que estas considerações (do plano do direito já constituído), e pelo que cremos, são passíveis de realização (art. 762º/2), porque decorrem do princípio geral da boa-fé, que onera as partes até ao fim da relação obrigacional.

Todavia, esta nossa posição, mais uma vez, não é consensual e encontra certos “*anticorpos*”. Por exemplo, Brandão Proença refere que ocorre um “efeito extintivo” com a impossibilidade objetiva, fornecendo várias *situações-modelo* em que o devedor não responderá, *v.g.* caso de o devedor ser sonâmbulo e destruir o bem, hipóteses de caso fortuito ou de força maior. Mas, curiosamente, o Professor não deixa de reconhecer o facto de e citamos: “o instituto [do *commodum*] não é de fácil aceitação dado não se articular devidamente com o efeito exoneratório da impossibilidade, “atribuindo” ao credor benefícios que deveriam pertencer ao devedor”, *vd*, *Lições...cit*, p. 234. No mesmo sentido, mas falando num “desvio do art. 794º”, *vd*, FARIA, JORGE RIBEIRO, *Direito das obrigações*, v. II, Almedina, 2001, pp. 368-369.

Compreenda-se que, evidentemente, quando se verifica uma impossibilidade na prestação, o devedor deve ser excluído, *ex lege* (art. 790º/1) do seu dever primário de prestar, ou seja, ninguém deve ser condenado a uma prestação impossível (*ad impossibilia nemo tenetur*). A própria aceção da palavra, bem como a própria doutrina juscientífica da impossibilidade, depõem nesse sentido. Todavia, e como não deixa de cogitar MENEZES CORDEIRO, inscrevendo-se numa posição que tb. concordamos, “o Direito e as realidades práticas e sócio-

legislador previu nas normas 794º e 803º CC, para a impossibilidade não culposa e culposa, respetivamente, e que correspondem às coordenadas jus-positivas do *commodum* de representação.

O *commodum representationis* ou *subrogationis* tem a sua ascendência direta no *ius romanum*. Como se sabe, a *Lex Aquilia*¹²¹, “fundadora” do nosso instituto hodierno da responsabilidade civil, cuidava, *inter alia*, dos danos causados a animais e escravos ou outra coisa inanimada, sendo que o autor deveria ressarcir o lesado pelo maior valor que a coisa teve nos últimos trinta dias¹²², sendo que se aplicava o princípio do *quanti ea res erit*, ou seja, o montante ressarcitório correspondia ao valor real da coisa: mesmo que o dano se cifrasse a baixo do valor desta, o proprietário teria direito ao real valor. Por exemplo, se o

culturais em que ele assenta, mostram que a exigência de obrigações “impossíveis” pode fazer sentido (...) tudo depende do alcance e significado da “impossibilidade”, enquadrando-se neste aceção, a hipótese de estar vir somente a afetar parte da obrigação, designadamente, tão-só a prestação principal, *vd, Tratado de Direito Civil*, IX, Direito das obrigações, Cumprimento e não-cumprimento, Transmissão, Modificação e extinção, 3ªed., Almedina, 2017, p. 302. O exemplo do *commodum* de representação – a título de prestação secundária -, enquadra-se nesta teorização, porque *sobrevive* ao fim do vínculo principal. Repare-se que o insigne civilista, contrariamente, no seu manual de obrigações, defendia que o *commodum* não implicava uma derrogação ao princípio geral da extinção das obrigações por impossibilidade superveniente e que, simplesmente, conduzia à constituição de nova obrigação, *vd, Direito das obrigações*, v. II, Lisboa, AAFDL, 1999, p. 178. Mas tal racionalização não poderia estar mais equivocada. Nos estudos de Vaz Serra sobre o *commodum* de representação, o autor já lembrava que o direito ao *commodum* consistia num substituto do direito à prestação originária. Como tal, se para o credor ter direito ao objeto da prestação originária, ele tinha de contraprestar, para o *commodum*, igualmente, terá de realizar a sua prestação; no plano das garantias, estas assegurarão tanto a prestação originária, como o crédito do *commodum*; a responsabilidade por culpa e a prescrição apreciar-se-ão de acordo com as normas que seriam aplicáveis à prestação originária e impossibilitada, *vd, SERRA, ADRIANO VAZ, Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor*, BMJ, Nº 46, 1955 p. 57. Portanto, o *commodum* deve ser visto como uma projeção da prestação impossibilitada, numa fase secundária, *vd, PIRES, CATARINA MONTEIRO, Impossibilidade...cit*, p. 251.

Mais tarde, MENEZES CORDEIRO, parece ter mudado de posição: afirmava o jurista que o art. 790/1º apenas fazia cessar o direito à prestação principal, podendo manter-se as prestações secundárias: “(...) a relação obrigacional, enquanto realidade estruturalmente complexa, não cessa, com a impossibilidade”, *vd, 2ªed.*, p. 183. Embora tais considerações não figurem atualmente na nova edição, não podemos afirmar categoricamente que a omissão do autor constitua uma mudança da sua posição pretérita quanto a este regime da impossibilidade. Até porque, noutra tratado, o insigne civilista alvitra que, depois da reforma alemã das obrigações, a impossibilidade não pode ser considerada como causa de extinção das obrigações, “(...) porque a obrigação incumprida, mesmo quando a prestação principal já não possa ser realizada, devendo ser substituída por uma indemnização, mantém a sua identidade: assente nas prestações secundárias...”, *vd, Tratado de Direito Civil*, VI, Introdução, Sistemas e Direito Europeu, Dogmática Geral, 3ª ed. (colab. de A. Barreto Menezes Cordeiro), p. 349.

¹²¹ Enquadrando-se na figura dos delitos, designadamente no *damnum iniuria datum*, uma das fontes de obrigações (juntamente com o *furtum*, *rapina* e a *iniuria*), *vd, JUSTO, A. SANTOS, Breviário de Direito Romano*, Coimbra Editora, 2010, p. 207 e ss.

¹²² *Id*, p. 213.

dano num animal fosse de 10, e este valesse 100, o proprietário teria direito aos 100¹²³. O nosso problema assume importância quando a coisa danificada ou deteriorada fora objeto de um contrato, por exemplo, de compra e venda. Como a *actio legis aquiliana* respeitava única e exclusivamente ao proprietário, o *dominus* dessa *res*, na pendência de um contrato de compra e venda de um animal, por exemplo, se este sofresse algum dano, esse proprietário receberia o valor da coisa, a título indemnizatório, e receberia ainda a contraprestação do seu credor, pelo valor acordado no contrato. O comprador, porque não detinha legitimidade ativa nesta ação aquiliana, perdia o direito a ser ressarcido pelos danos causados ao animal. Daí que um autor italiano avance a tese de que os jurisconsultos romanos, particularmente sensíveis às exigências equitativas, vieram impor ao proprietário, a obrigação de cedência da sua ação aquiliana ao credor do contrato¹²⁴. Daqui se pode inferir, em termos razoavelmente similares, a origem do instituto do *commodum*, e precipuamente, como ele chegou aos nossos dias, *i.e.*, como se encontra hoje plasmado nas ordens jurídicas romano-germânicas. Mas o quadro genealógico não está completo. Forçosamente, teremos de concatenar esta hipótese com as regras da transmissibilidade da propriedade romana e do risco. É que, ao contrário dos dias de hoje, não vigorava o princípio do consensualismo. No direito quiritário, a transferência de propriedade das *res Mancipi* necessitava de um ato solene (*mancipatio* ou *in iure cessio*) e as *res nec Mancipi* por *traditio* ou *in iure cessio*¹²⁵. Quanto ao risco vigorava a regra *periculum est emptoris*, ou seja, o adquirente, apesar de poder ainda não ser o proprietário da *res*, porque, por exemplo, poderia ainda não ter ocorrido a *traditio*, já respondia pelos riscos da coisa desde o momento da conclusão do contrato. Portanto, o risco passava antes da transmissão da propriedade, não vigorando aqui

¹²³ ZIMMERMANN, REINHARD, *The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press, 1996, pp. 962-963.

¹²⁴ FEDELE, ALFREDO, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Antonino Giuffrè-Editore, Milano, 1954, p. 261. Note-se, igualmente, que SANTOS JUSTO não deixa de referir que a *iurisprudencia* havia já sugerido ao pretor que estendesse a proteção dos danos a outros sujeitos, *vd. Breviário...cit.*, p. 213.

No caso do *furtum*, ZIMMERMANN também afiança a hipótese de que o vendedor teria que ceder ao comprador as ações (sejam elas a *condictio ex causa furtiva*, *actio furti* e a *rei vindicatio*) e ainda, alternativamente, se o vendedor já tivesse tentado uma destas ações, ele teria que ceder aquilo que tivesse recebido – na língua alemã, *stellvertretendes commodum*. Percebe-se então o intuito do direito romano: não estaria de acordo com as regras da *bona fides*, se ao vendedor fosse concedido reclamar o preço da venda do objeto, e concomitantemente, poder reter o que restou deste objeto, embora (ou não) em forma de substituto. Assim, o comprador tinha a possibilidade de recuperar a coisa, *v.g.*, através da *rei vindicatio*, ou o que restasse dela, por intermédio das ações concedidas ao (ainda) proprietário da coisa furtada, *vd.* ZIMMERMANN, REINHARD, *The law of obligations...cit.*, pp. 287-288, n. 104.

¹²⁵ Esta distinção acabou por se desvanecer, à medida que outra classificação se impôs: *res immobiles* e *res mobiles*, *vd.* JUSTO, A. SANTOS, *Breviário...cit.*, pp. 78-79.

a regra *res perit domino*. O que significava que, no caso de a *traditio* não se seguir logo após a perfeição do contrato, há um espaço intermédio de tempo em que o comprador responde pelos riscos da coisa, mas é o vendedor o proprietário e possuidor da *res*. Consequentemente, se um animal sofresse um dano, sem que houvesse culpa do vendedor (note-se que este não deixava de responder por negligência e ainda pela custódia da *res*), o adquirente terá de pagar o preço da coisa¹²⁶. Em contrapartida – e sublinhamos esta contrapartida –, se após a venda, na coisa redundarem determinadas vantagens, todas essas pertencerão ao comprador (pense-se, por exemplo, na hipótese de acessão)¹²⁷. Trata-se do outro lado do “prato da balança”, encabeçado pelo entendimento de que “*commodum eius esse debet, cuius periculum est*”, ou seja, a quem suporte o risco de destruição ou deterioração da *res* em causa, deve gozar a esperança da vantagem¹²⁸. É natural que assim seja, produzindo-se um resultado mais justo e equitativo, tendo presente que, ainda que o *accipiens* da coisa não fosse proprietário dela, suportava qualquer risco desta, inobstante o dever de diligência que onerava o vendedor no espaço temporal que decorria entre a perfeição do contrato e a entrega da coisa. Tal regra parece resultar diretamente das *institutiones de Justiniano* (I.3.23.3), tendo sido depois aprofundada e desenvolvida, no âmbito da doutrina da impossibilidade, pela pandectista alemã, designadamente, por Mommsen e Ihering¹²⁹.

Parece então certo que podemos afirmar que o *commodum* de representação corresponde a um produto direto do direito romano, seja ele rastreado através das exigências de cedências das ações - aquilianas ou as do furto, como vimos -, seja ele como brocardo romanístico das regras da transmissibilidade do risco.

À luz destes elementos jurídico-históricos introdutórios, fácil se perceberá o significado que a palavra *commodum* assume: primacialmente, numa vantagem (que poderá ou não se traduzir num lucro), num benefício, ou como refere BIRKS, numa “oportunidade favorável”¹³⁰.

¹²⁶ BIRKS, PETER, *The roman law of obligations*, Oxford University Press, 2014, pp. 92-95 e, no mesmo sentido, ZIMMERMANN, REINHARD, *The law of obligations...* cit, p. 281 e ss.

¹²⁷ BIRKS, PETER, *The roman law of obligations...* cit, p. 95.

¹²⁸ *Id*, p. 95. Essas vantagens devem pertencer, por isso, ao comprador, por conta de quem o risco corre, *vd*, ALBUQUERQUE, PEDRO, *Direito das obrigações. Contratos em especial*, v. I, Almedina, 2ª edição, 2019, p. 23.

¹²⁹ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, IX... cit, pp. 366-367.

¹³⁰ BIRKS, PETER, *The roman law of obligations...* cit, p. 135. A palavra “cômodo”, em língua portuguesa, tb. cobrirá um significado semelhante, *i.e.*, referindo-se a uma utilidade, a um proveito, a algo que é favorável, *Cf.*, Dicionário da Língua Portuguesa, Porto Editora.

O *commodum* de representação – para utilizar o epílogo da nossa lei civil (art. 794º e 803º) - é postulado pela nossa ordem jurídica¹³¹, através da possibilidade conferida ao *accipiens* de, no caso de uma impossibilidade (superveniente) da prestação (primeira condição), na eventualidade de se assomar um substituto dessa prestação impossibilitada à qual, por hipótese, o *solvens* tenha o direito a esse sucedâneo (segunda condição), exigir ao devedor aquilo que veio substituir a prestação impossibilitada - como sucedâneo desta - e que ocorreu na esfera patrimonial deste último, porque a si lhe pertence – a título, naturalmente, de *commodum* a que tem direito -, ou ainda (a locução utilizada pelo legislador civilista é mesmo esta, “ou”, funcionando como uma alternativa), com o mesmo objetivo, fazer-se substituir na titularidade desse direito atribuído ao *solvens*, e exigir do terceiro aquilo que, por norma, caberia ao devedor, caso não tivesse ocorrido a impossibilidade da prestação¹³².

Traçado em termos gerais, assim se decompõe o nosso instituto em apreço. O *commodum* vem possibilitar um direito potestativo, que é irrenunciável (art. 809º CC),

¹³¹ No código de Seabra, o *commodum* de representação estava implicitamente previsto, localizado não no regime do cumprimento e não cumprimento das obrigações, mas sim no regime do contrato de parceria pecuária, no art. 1309º, que deve ser lido juntamente com o art. 1308º. Os arts. postulavam que, caso os animais tivessem perecido por causa fortuita, o risco corria por conta do proprietário, mas se algum benefício pudesse ser retirado, esse proveito pertenceria naturalmente a esse proprietário, ficando responsável pela entrega desse benefício o parceiro pensador, *vd*, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de direito civil*, IX...cit, p. 368 e ainda ANDRADE, MANUEL, *Teoria geral das obrigações*, 3ªed., Livraria Almedina, Coimbra, 1966, pp. 422-424. Ainda na vigência do código de Seabra, este último autor era já favorável à extensão do exercício do *commodum* ao regime do não cumprimento das obrigações: depois de descrever a impossibilidade superveniente não culposa, o jurista referia que e citamos “não se segue que (...) a relação obrigacional seja de todo aniquilada: ela pode ainda gerar (...) o direito de exigir aquilo que no património do devedor representa o objeto originariamente devido – isto é, o chamado *cómodo representativo*...O princípio de que o devedor tem direito ao *commodum* (...) parece dever aceitar-se mesmo na falta de um preceito que expressamente o sancione”, *vd, id*, p. 423.

¹³² A esta segunda parte da norma observamos uma cessão de créditos (art. 588º), na qual o devedor (mas credor do sucedâneo) cede esse direito, esse crédito, a um terceiro que, no caso do nosso instituto, é o credor que viu a sua prestação impossibilitada. As regras da cessão legal serão extensivas a outras transferências legais de créditos, como é o caso (art. 588º e art. 794º/2ª parte e veja-se, a título de exemplo, o art. 1181º/2, que confere ao mandante a substituição ao mandatário, no exercício dos respetivos direitos, relativamente aos créditos). Já nos estudos preparatórios, VAZ SERRA considerava que se estava perante uma transferência de créditos, *vd*, SERRA, ADRIANO VAZ, *Impossibilidade superveniente*...cit, pp. 58-59 e ainda em VARELA, JOÃO ANTUNES, *Direito das obrigações*...cit, p. 333. Contra, afirmando tratar-se de uma *sub-rogação direta*, *vd*, ALMEIDA COSTA, MÁRIO, *Direito das obrigações*...cit, p. 852.

exercitável pelo credor, quando se dê uma impossibilidade de prestar¹³³ ¹³⁴ (por exemplo, um terceiro que destrói o objeto em causa ou, por causa fortuita, um terramoto ou ainda, e

¹³³ Os dados do direito positivo não excluem, aparentemente, a possibilidade de o *commodum* ter aplicação no caso duma impossibilidade parcial de prestar. O regime da impossibilidade parcial remete-nos para os arts. 793º e 802º, regulados para casos em que pode ou não haver ausência de culpa do devedor. Por exemplo, veja-se o caso de um sismo ter destruído parte da mobília que iria ser entregue ao credor. À parte da mobília que ficou destruída, o devedor exonerar-se-á do dever primária de prestar, sendo, todavia, obrigado ao cumprimento daquilo que restou, *i.e.*, parte da mobília não destruída, sendo a contraprestação do credor reduzida (art. 793º/1, resquício da sinalagmaticidade das prestações, cuja interdependência o legislador quis salvaguardar, *vd.* PRATA, ANA, *Código civil anotado*, (coord.), Almedina, 2ª edição, 2019, p. 991). Em todo o caso, e já numa *segunda apreciação*, a lei impõe que se perscrute o interesse do credor que, caso não tenha interesse no cumprimento parcial da prestação ainda devida, terá a faculdade de resolver o negócio (art. 793º/2, *vd.* PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...cit.*, pp. 289-290). Ao que parece, a valoração do interesse do credor assume uma importância precípua na consideração da hipótese da impossibilidade parcial, seja ele atendível como elemento justificadamente excludente da hipótese do cumprimento parcial (art. 793º/2), seja ele como requisito a ser atendido para averiguar da escassa importância do incumprimento parcial (art. 802º/2). No primeiro caso, parece que o interesse corresponderá a um juízo subjetivo da parte do credor, embora não possa constituir numa apreciação arbitrária (*i.e.*, por motivos fúteis), mas sim, será igualmente apreciado objetivamente, “com base em elementos suscetíveis de serem valorados por qualquer outra pessoa”, MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Pressupostos da resolução por incumprimento*, p. 137, *apud* PIRES, CATARINA MONTEIRO, *id.*, p. 293. Já no art. 802º/2, parece que o regime do interesse é diferente, sendo agora este elemento definidor do critério excludente da possibilidade de resolução: a escassa importância. Parece, portanto, de *iure condito*, que o art. 802º/2 inclina-se para uma posição mais favorável de resolução do negócio, quando comparado com o critério do art. 793º/2, sem prejuízo de haver conceções unitárias sobre este regime, em razão de elementos textuais e extratextuais, *vd.* PIRES, CATARINA MONTEIRO, *id.*, pp. 294 e ss.

A hipótese do *commodum* de representação surge afluída quanto à parte que se impossibilitou (seja com ou sem culpa do devedor). Nada impedindo o devedor de receber um substituto dessa mesma parte, o credor poderá exigir-la, a título do *commodum* (imaginem-se, recorrendo ao nosso exemplo, que o devedor receberia uma quantia a título de seguro dos bens perdidos). Eventualmente, poder-se-ia, note-se, confundir-se a parte que restou e o benefício do *commodum*. Porém, são duas coisas diferentes: a parte que resta não é um benefício, um proveito, uma vantagem, mas sim o resultado, a consequência de uma impossibilidade parcial da prestação, e que é, por sua vez, qualitativamente diferente desse ganho. Daí que, como refere VAZ SERRA, que nos seus estudos sobre o *commodum* colocou esta questão, o credor, se mantiver o seu interesse, tem direito à entrega do restante, mas já não é forçado (sendo, por isso, o *commodum*, um direito potestativo) a receber o *commodum*, *vd.* *Impossibilidade superveniente...cit.*, p. 49.

¹³⁴ Avoluma-se ainda dúvida o problema de saber se o instituto do *commodum* de representação poder-se-á aplicar aos casos de cumprimento defeituoso. Como sabemos, o legislador não distinguiu uma “terceira via” de incumprimento, tratando tão-só, quanto ao tema do “não cumprimento”, da “falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor”, sem embargo de prever, no art. 798º, a “falta de cumprimento”, como vocábulo amplo e extensível para o cumprimento defeituoso e, expressamente, no art. 799º, abarca o “cumprimento defeituoso”, *vd.* MARTÍNEZ, PEDRO ROMANO, *Cumprimento defeituoso. Em especial compra e venda e na empreitada*, Almedina, 2001, pp. 117 e ss. Nas palavras do autor, “o cumprimento defeituoso corresponderá à situação em que o devedor realiza a prestação a que estava adstrito, mas esta não corresponde, totalmente, à que era devida”, *vd.* *id.*, p. 31. Daqui decorre que não há propriamente uma impossibilidade de prestar, pelo contrário. O devedor cumpre, mas cumpre qualitativamente *mal* (sendo depois a sua culpa presumida – art. 799º). Ora, na medida em que o art. 794º e, por extensão, o art. 803º, fala de “impossibilidade de prestação”, o problema torna-se verdadeiramente duvidoso, porque o cumprimento defeituoso foge ao quadro da *factispecies* da impossibilidade. Ao que parece, tudo dependerá da disposição da doutrina para aceitar a possibilidade de analogia do regime do incumprimento definitivo: “ao cumprimento defeituoso são de aplicar, analogicamente, (...) as regras do não cumprimento definitivo e da mora, consoante a situação concreta...”, *vd.* *id.*, p. 144. E, declaradamente, o autor aceita a possibilidade de exercício do *commodum*: “suponha-se o caso do comprador se subrogar nos direitos do vendedor contra o fornecedor deste, ou de o dono da obra se subrogar nos direitos do empreiteiro contra aquele que vendeu o material fornecido por este”, *vd.* *id.*, p. 126.

já na hipótese da impossibilidade culposa (art. 803º), o devedor ter contribuído para essa impossibilidade) e, simultaneamente, num processo que ocorre na esfera jurídica do *solvens*, haja um direito deste¹³⁵ sobre algo que representa equivalentemente o objeto que se tornou impossível de prestar. Por sua vez, na medida em que o *solvens* estava (e está) vinculado com o credor, e na medida em que um novo sucedâneo substituiu o objeto originariamente acordado, a lei civil confere ao *accipiens* a possibilidade de o exigir, porque representa aquilo que, inicialmente, era seu por direito. Caso contrário, traduzir-se-ia num ganho para o devedor que, além de permanecer desonerado de prestar, auferiria um substituto representativo do objeto outrora impossibilitado¹³⁶. E é precisamente esse ganho que a nossa lei civil quer evitar através dum instrumento corretivo: a entrega do *commodum*, i.e., a transferência de uma vantagem situada numa esfera patrimonial indevida para a esfera do credor¹³⁷.

Neste contexto, e em termos lineares, o *commodum* de representação assume-se com esta configuração. De todo o modo, e em termos mais detalhados, o *commodum* suscita algumas questões que importa, desde logo, dilucidar. Começemos pela primeira condição do exercício do *commodum* (o requisito da impossibilidade da prestação). Repare-se que, o legislador civilista parece ter omitido quais as impossibilidades que estariam em causa para o acionamento deste instrumento potestativo. Ora, se é certo que, havendo uma impossibilidade superveniente, ninguém questiona o exercício do *commodum*, podemos

¹³⁵ Suponha-se que um terceiro, alheio à relação creditória entre credor e devedor, impossibilitava a entrega do automóvel (cujo proprietário era ainda o devedor). Este terceiro indemnizaria o proprietário pelos danos causados ao respetivo automóvel. Esse valor indemnizatório constituirá um *commodum* à qual o credor terá direito. Mas existem mais *tipos* de *commodum* de representação que a doutrina costuma aduzir: v.g. as indemnizações ou créditos de indemnização devidos a título de seguro; o preço da expropriação; ou ainda, embora a hipótese seja rara, o *solvens* alienar, por erro desculpável, o objeto mediato e, para a hipótese do art. 803º, o devedor alienar com culpa o objeto da prestação, vd, SERRA, ADRIANO VAZ, *Impossibilidade superveniente...*cit, p. 53. Ora, estas últimas hipóteses constituem casos de *commodum ex negotiatione*, que assume importância fulcral no nosso estudo e que, mais tarde, daremos a centralidade devida.

¹³⁶ Trata-se efetivamente de um juízo de condicionalidade: o devedor só teria o direito que veio substituir a prestação impossibilitada, por causa dessa impossibilidade. Esta perturbação é *conditio sine qua non* para o devedor adquirir tal direito e, por sua vez, o credor ter a possibilidade de exercício do *commodum*, vd, OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, 2011, pp. 739-740.

¹³⁷ Os doutrinadores são similarmente unânimes na descrição do mecanismo do *commodum*, vd, *colorandi causa*, MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito das obrigações...*cit, pp. 241 e 262; PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...*cit, p. 239 e ss; LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das obrigações...II*, cit, p. 122 e 274; PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO, *Lições...*cit, pp. 234-237 e 391-393; ALMEIDA COSTA, MÁRIO, *Direito das obrigações...*cit, pp. 1047-1048 e 1077; FARIA, JORGE RIBEIRO, *Direito das obrigações...II*, cit, pp. 369-371 e 438-439; VARELA, JOÃO ANTUNES, *Direito das obrigações...*cit, II, p. 82-83 e 113; CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado...*cit, IX, pp. 366 e ss; OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Princípios...*cit, pp. 739 e ss.

interrogarmo-nos sobre a possibilidade de o *commodum* ser exercido aquando duma impossibilidade originária.

No código civil português, a impossibilidade, como *factispecies* caracterizadora do regime das “*perturbações da prestação*”, encontra-se dualizada entre a impossibilidade originária (art. 401º/1 e 280º/1) e superveniente (arts. 790º ss). As duas distinguem-se logo a montante: a primeira coloca um problema de validade do negócio jurídico, na qual o art. 401/1º comina com a sua nulidade, independentemente de as partes conhecerem ou ser-lhes exigido que conhecessem a impossibilidade¹³⁸, a segunda um problema de não cumprimento, na qual o art. 790º/1 sanciona com a extinção da obrigação (em sentido primário)¹³⁹. Além do mais, outro dos elementos divergentes destas impossibilidades recai sobre a impossibilidade subjetiva, à qual a impossibilidade originária não releva, tendo em conta que tão-só afeta o caráter objetivo (art. 401º/3). Já na impossibilidade superveniente, esta releva tanto em termos objetivos (art. 790º/1), como em termos subjetivos, como quando o devedor não consegue fazer-se substituir (art. 791º, por exemplo, o caso duma prestação infungível)¹⁴⁰.

Mas o traço mais distintivo destas impossibilidades reside num requisito temporal: será de acordo com a condição de as partes terem ou não concluído o negócio, que o juízo do qual regime das impossibilidades a aplicar, assentará. Assim, se na pendência das negociações, o objeto em causa for destruído, a consequência será a nulidade do negócio jurídico, dando lugar a uma impossibilidade física originária¹⁴¹, tendo em conta que esta coexiste com as negociações (art. 280º/1 e 401º/1). De outra forma, e repare-se na casualidade destas regras, se o objeto for destruído logo no momento seguinte à perfeição do negócio, gerará não uma impossibilidade originária do cumprimento, mas sim, uma impossibilidade superveniente, havendo lugar à aplicação das regras dos arts. 790º e ss. A

¹³⁸ LIMA, FERNANDO PIRES, VARELA, JOÃO ANTUNES, *Código Civil Anotado*, v. II, 4ª ed., Coimbra Editora, p. 42. Daí que não exista, na impossibilidade originária, um juízo de distinção quanto à imputabilidade, embora possa ser relevante, mais tarde, em sede de responsabilidade civil *vd*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...cit*, II, p. 1060, n. 3444.

¹³⁹ Neste sentido, *vd*, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...cit*, p. 52-53.

¹⁴⁰ Dando conta destas divergências, *vd*, FARIA, JORGE RIBEIRO, *Direito das obrigações...cit*, II, p. 343 e *tb.*, GALVÃO, INOCÊNCIO TELLES, *Direito das obrigações*, Coimbra Editora, 7ª ed., 1997, p. 364.

¹⁴¹ Naturalmente, o objeto sob o qual as partes negociaram deverá ser possível, quer o objeto imediato, que corresponde ao conteúdo desse objeto, quer o objeto mediato, o *quid* em si mesmo e para o qual o conteúdo se dirige, *vd*, PINTO, CARLOS MOTA, MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, PINTO, PAULO MOTA, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra Editora, 4ª edição, 2005, pp. 331 e ss, 554 e ss. No exemplo aduzido, falamos da impossibilidade física do objeto *strictu sensu*, mas evidentemente, o objeto sob o qual as partes fundaram a sua decisão de contratar terá de ser igualmente lícito (art. 280º/1).

fronteira limítrofe é, portanto, o consenso negocial, *rectius*, a superveniência da impossibilidade em relação à conclusão do contrato¹⁴², motivo pelo qual, alguma doutrina tem chamado à atenção para a volatilidade deste regime¹⁴³.

Na verdade, coligada à cominação da nulidade, parece estar inculcada a velha máxima Celsiana, “*impossibilium nulla obligatio est*”. Resulta, por isso, num “dogma da nulidade”, encapsulada pela ideia, com validade axiomática, de que ninguém deve ser

¹⁴² Vd, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...cit*, II, p. 1059, n. 3441, e no mesmo sentido, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...cit*, p. 55, e VARELA, JOÃO ANTUNES, *Direito das obrigações...cit*, I, p. 803.

¹⁴³ A casualidade, isto é, a *finis* diferença que a distinção das impossibilidades originárias e supervenientes despoleta, poder-se-á traduzir (atendendo ao critério temporal) numa dualidade de tratamento quanto aos meios de reação ao dispor das partes. Esta parece ser a principal crítica que o autor Nuno Oliveira aduz nos seus estudos. O autor argumenta que, a atribuição das consequências jurídicas diferenciadas entre as impossibilidades em apreço poderá colocar o conteúdo da relação obrigacional na dependência de um acaso, v.g. poderá ser difícil demonstrar o exato momento em que se dá a impossibilidade. Além disso, veja-se o ordenamento jurídico alemão, que contrasta com o nosso. Com a *Schuldrechtsmodernisierung*, a impossibilidade originária, percecionada nos moldes do §306, que previa a nulidade do negócio jurídico, e no §307, que consagrava um dever de indemnizar pelos danos decorrentes da conclusão de um negócio nulo (interesse contratual negativo), foi – tal como era assim vertida no texto da lei – eliminada. A impossibilidade originária, vista agora num novo e unificado parágrafo (§311a), não afeta a validade do negócio. Tal não significa que o devedor seja obrigado a cumprir uma prestação que é impossível (a máxima “*ad impossibilia nemo tenetur*” mantém-se). Trata-se, simplesmente, de não cominar a sanção da nulidade e reencaminhar essa impossibilidade para o regime geral do §275, que afasta o direito à prestação (primária). Quanto ao dever de indemnização, aceita-se agora a possibilidade de pedir uma indemnização pelo dano do cumprimento, vd, OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, Almedina, 2009, pp. 19-24. Fazendo o paralelismo com o ordenamento jurídico português, e à luz deste entendimento da ordem jurídica alemã, o autor entende que deveria ser possível a indemnização pelo interesse contratual positivo, em duas circunstâncias: quando o devedor conhecesse ou lhe fosse cognoscível a impossibilidade originária da prestação, vd, *id*, p. 22-23.

No geral, a doutrina portuguesa admite a indemnização pelo interesse contratual negativo quando o ordenamento jurídico contamina os negócios jurídicos de nulidade. Quanto ao interesse contratual positivo, como pretensão de colocação do lesado na posição em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido, afigura-se mais complexa de ser concebida, em virtude da possível contradição lógica de colocar-se o lesado numa posição que o ordenamento jurídico reprova, ou seja, uma pretensão - aparentemente contraditória - de pretender uma compensação pela frustração de um resultado que, nas circunstâncias em que se deu a impossibilidade originária, esse seria inatingível. O que não nos impede de proceder a uma análise casuística e atentar aos interesses dessa invalidade de forma a compreender se, efetivamente, esta contraditará o resultado equivalente. É que, como alude Mota Pinto, poderá essa reputada nulidade não consistir numa incompatibilidade insanável com a indemnização, principalmente no que concerne ao objeto mediato (apenas afastando, congruentemente, a possibilidade de indemnização pela via específica – art. 566/1º - que levaria à produção do mesmo resultado reputado nulo), vd, *in totum*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...cit*, II, p. 1053. É notório, portanto, que a cominação da nulidade, para casos de o objeto ser impossível, poderá traduzir-se num regime mais problemático e menos resolutório, pelo menos no que concerne à diversidade de tratamento que impõe. Nesta senda, Mota Pinto, em linha com o autor anterior, tb. partilha a opinião de que a solução da nulidade é problemática, ou mesmo, “desaconselhável”, tendo presente a exceção à regra *pacta sunt servanda*, como tb. pela condução arbitrária a resultados distintos: tendo o devedor atuado culposamente (aqui valorando-se a sua imputabilidade), responderá pelo interesse negativo, antes da perfeição do contrato, e pelo interesse positivo, depois desse consenso. Nas palavras do insigne civilista: “(...) não existe qualquer relação intrínseca entre a perfeição do contrato e a verificação da impossibilidade (e o correspondente fundamento dessa responsabilidade), vd, *id*, p. 1067. Assim, de *iure condendo*, “(...) a impossibilidade originária deveria, assim, (...) ser submetida ao mesmo regime da superveniente, admitindo-se a validade do contrato, vd, *id*, p. 1073.

condenado a uma prestação que é impossível de ser realizada – *ought implies can*¹⁴⁴. E, como consequência direta desse dogma, a nulidade originará, consabidamente, a não produção de todos os efeitos jurídicos do negócio (arts. 286º e ss.), significando que este não chega sequer verdadeiramente a vigorar, e não alcançando, por isso, “(...) o desiderato das partes de pôr em vigor uma regulação jurídica interprivada”¹⁴⁵.

Ora, sendo este o panorama jurídico, no que toca ao plano cominatório da impossibilidade inicial, difícil seria descortinar, e já num plano secundário¹⁴⁶, uma pretensão

¹⁴⁴ ZIMMERMANN, REINHARD, *The law of obligations...*cit, p. 687. Para mais indicações, *vd*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...*cit, II, pp. 1062 e ss, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...*cit, p. 73 e ss., e CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado...*cit, IX, pp. 303 e ss.

¹⁴⁵ Cf. VASCONCELOS, PEDRO PAIS, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO, *Teoria geral do direito civil*, Almedina, 9ª ed., 2019, p. 733.

¹⁴⁶ Além das consequências indemnizatórias que poderão surgir (a título de responsabilidade pré-contratual, *vd*, n. 143) o efeito principal da nulidade vem elencado no art. 289º CC. Tanto para a declaração de nulidade, como para a anulabilidade, a consequência destas invalidades originará uma obrigação de restituição de tudo o que tiver sido entregue (em consonância com a teleologia do nosso sistema, que postula uma prioridade natural do cumprimento – art. 566º/1º -, esta restituição será, em primeiro lugar, em espécie) e, subsidiariamente, caso não seja possível entregar o bem prestado, a lei fixa o critério do “valor correspondente”, *vd*, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...*cit, pp. 60 e ss.

Importa compreender que o efeito primacial desta invalidade, constituindo uma hipótese de restituição de prestações, poder-se-ia confundir com o instituto do enriquecimento sem causa. Todavia, neste contexto, a doutrina entende que essa obrigação de restituição é autónoma do instituto do enriquecimento. Fundando-se esta na invalidade, adquirindo, por isso, uma causa, relevaria para o instituto na medida em que é a própria lei que facultará outra forma de restituição (art. 474º e 289º/1), *vd*, LEITÃO, LUÍS MENEZES, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, Almedina, 2005, pp. 442 e ss. A principal diferença, como nos ensina o autor, reside no facto de, enquanto na restituição do regime da invalidade, a obrigação em causa opera retroativamente, restituindo-se integralmente o que tiver sido prestado ou, subsidiariamente, o valor correspondente, no enriquecimento sem causa, o cálculo é diferente, atendendo-se a um enriquecimento patrimonial e não real, *vd*, *id*, p. 447. Estas considerações vão de encontro à ideia atrás aludida, de que existe restituição para além do instituto do enriquecimento sem causa e que ambos não correspondem a lados reflexos da mesma moeda (além da nulidade, veja-se, *p.e*, o instituto da resolução – art. 432º e ss). Daí que o nosso Código pareça aderir à multicausalidade da *restituição*, na qual esta responde a mais eventos para além do instituto do enriquecimento (*vd*, n. 98).

Neste âmbito, e muito especialmente para o nosso estudo, coloca-se o problema de saber como resolver a questão dos acrescentos patrimoniais, adquiridos em função da posse ou detenção da coisa, não removidos pela obrigação de restituição propugnada no art. 289º/1. O artigo parece dar resposta a essa questão, no nº 3, remetendo para o capítulo dos efeitos da posse e, primordialmente, da restituição dos frutos (arts. 1269º e ss.). Essa remissão, direta ou analógica (art. 10º CC), vem proporcionar um regime diferente em matéria da situação subjetiva das partes, *i.e*, distinguindo-se a boa ou má-fé do obrigado, e ainda em matéria da retroatividade, consoante esse estado subjetivo. Assim, com esta remissão, o legislador pretende abranger os casos de insusceptibilidade de posse, *i.e*, casos em que não está em causa a transferência de um direito real, mas sim, por exemplo, uma prestação de facto ou de gozo de uma coisa, ou, como refere Mota Pinto, por faltar o elemento subjetivo da posse exigido (art. 1251º CC), *vd*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...*cit, II, p. 844, n. 2752 e ainda, LIMA, FERNANDO PIRES, VARELA, JOÃO ANTUNES, *Código civil anotado*, v. I, 2ªed., Coimbra Editora, p. 246. Ora, nesta senda, poderemos estar perante um caso semelhante aos que temos vindo a assinalar, ou seja, a *restituição/remoção de um ganho*, embora fora do regime do não cumprimento das obrigações. Se repararmos, o art. 289º/3, ao remeter para o regime da restituição dos frutos, estará igualmente a remeter para uma *remoção* de um ganho/lucro advindo, por exemplo, de uma coisa que gerou esses benefícios (mesmo não havendo posse). Se supusermos um recetor dessa prestação, que esteja em má-fé (que conheça a invalidade), este, de acordo com o efeito promanado do art. 1271º, terá de restituir esses ganhos, e ainda responderá por aqueles que, um proprietário diligente, poderia ter obtido (*vd*, no entanto, art. 215º). De *iure*

referente ao instituto do *commodum*. Isto porque, sendo o negócio nulo, não chegará a produzir um dever primário de prestar e sendo o *commodum*, nos moldes do art. 794º, como vimos, um sucedâneo desse dever primário, como sustentar a existência de um substituto da prestação principal, sem que essa prestação principal se tenha realmente constituído e produzido efeitos? Se a nossa ordem jurídica destrói os efeitos do negócio jurídico, impedindo a assunção de um dever primário de prestar, o que se dirá quanto a um dever secundário como o *commodum*, que está simbioticamente dependente do resultado desse dever primário? Existe uma diferença, portanto, entre considerar o negócio nulo, por exemplo, por impossibilidade do objeto negocial, na qual não promanam quaisquer efeitos jurídicos, e a impossibilidade superveniente da prestação (art. 790º), tendo em conta que esta segunda, inobstante o afastamento do dever primário, não prejudica a eventualidade de aparecimento de um substituto dessa prestação, na esfera patrimonial do devedor, ao contrário da sanção da nulidade¹⁴⁷. Além do mais, os dados da nossa lei apontam no sentido da exclusão do *commodum* de representação na impossibilidade originária, tendo em conta a omissão da lei para o exercício do *commodum*, silêncio que parece revelar uma opção deliberada do legislador no sentido da exclusão desta figura¹⁴⁸. Em todo o caso, tal resultado não constitui motivo para nos impedir de sustentar uma posição diferente, de *iure condendo*.

condito, cremos que esta remissão possibilitará a hipótese de *remoção dos lucros*, constituindo-se assim um sinal inequívoco do nosso sistema, no sentido ablativo desses ganhos (*vd*, n. 211). De qualquer modo, a *communis opinio* diverge: há autores que entendem que esses ganhos, irremovíveis pela obrigação de restituição da nulidade, tornam-se justificados, isto é, em homenagem a não se defraudarem as expectativas que as partes detinham no negócio nulo, que – pela sua *ratio* – tem somente um caráter sancionatório e não se compadece com os efeitos que o negócio produziu, *vd*, CAMPOS, DIOGO LEITE, *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*, ROA, 1982, p. 54. Cf., ainda neste quadro, as posições divergentes de MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento...*cit, pp. 452 e ss e PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...*cit, II, pp. 833 e ss, n. 2719.

¹⁴⁷ Atente-se, porém, nas opiniões sufragadas por outros doutos autores: Vaz Serra propendia no sentido em que o instituto do *commodum* não deveria ser afastado na impossibilidade originária, tendo em conta que a nulidade não deveria ir além daquilo que a sua razão de ser justifica, impedindo tão-só a condenação do devedor a uma prestação impossível. A proposta de Vaz Serra era, por conseguinte, a que mantinha o direito ao *commodum*, mesmo em caso de impossibilidade originária e da consequente nulidade do negócio jurídico (art. 6). Essa disposição, todavia, não parece ter passado para o código, não se encontrando nenhum dado no sistema que a suporte, *vd*, SERRA, ADRIANO VAZ, *Objeto da obrigação. A prestação – sua espécie, conteúdo e requisitos*, BMJ, Nº74, 1958, pp. 94-95 e 264. No mesmo sentido, Calvão da Silva parece também sustentar a viabilidade do exercício do *commodum* na impossibilidade originária, ao aludir à permanência do direito ao *commodum*, numa “originária impossibilidade objetiva e absoluta da prestação inimputável ao devedor”, *vd*, CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Não cumprimento das obrigações*, Comemorações dos 35 do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, v. III, Coimbra Editora, 2007, p. 492.

¹⁴⁸ Cf., PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...*cit, p. 71.

O nosso problema situa-se a jusante, com a própria nulidade. Essa nulidade, por sua vez, e a ser aceite esta hipótese¹⁴⁹, corresponde a um dogma – *impossibilia nulla obligatio est*¹⁵⁰ – que ascende ao direito romano. Se nos ativermos ao plano dos efeitos deste dogma, há quem entenda, sem embargo do dogma resultar de uma evidência intocável à premissa de que ninguém deve ser condenado a uma prestação impossível ou, doutra forma, ao pensamento enraizado de que o *dever-ser* exige possibilidade (por isso, pressuposto ontológico anterior ao próprio Direito), que o efeito pretendido alijaria tão-só o *dever primário de prestação*. Enquadrar-se-ia, portanto, desta decorrência, a hipótese de surgimento de um *dever secundário* – o *commodum subrogationis* -, que não teria de ser afetado pela impossibilidade originária, tal como não o é pela impossibilidade superveniente¹⁵¹. Subscrevemos, por isso, na totalidade, a procedência desta visão.

Entenda-se ainda que, amparados agora pelo direito estrangeiro, o direito germânico veio provar que esse dogma é vencível, ultrapassável, ou, numa palavra, superável (ao contrário do nosso ordenamento, que, de *iure condito*, continua *amarrado* a esse brocardo) ao unificar o regime da impossibilidade originária e superveniente, remetendo-se do §311a/1 para o §275: se houver um impedimento à prestação aquando da conclusão do contrato, este permanecerá válido, embora a prestação debitória em causa seja impossível (por remissão ao §275). Simultaneamente, esta “modernização”, esta mudança de paradigma, possibilita a assunção de deveres secundários sucedâneos do dever primário de prestar, onde se incluem o nosso instituto do *commodum* de representação, estribado no já aqui referido §285 BGB¹⁵², congénere do art. 794º do CC. Consequentemente, a figura renovada da “impossibilidade originária”, retirada do ordenamento jurídico alemão, autoriza-nos, de certa forma, a *trilhar* “novos caminhos” para a questão em apreço: o primeiro corresponderia à posição mais “severa” de NUNO OLIVEIRA, reunificando-se as

¹⁴⁹ Vd, VARELA, JOÃO ANTUNES, *Direito das obrigações...*cit, II, p. 66, n. 1.

¹⁵⁰ Para considerações adicionais sobre este brocardo, vd, *id*, p. 73 e ss.

¹⁵¹ Cf., *in totum*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...*cit, II, p. 1066. O insigne civilista refere mesmo que: “a admissibilidade de um tal dever secundário é hoje uma evidência, que não é tocada pelo princípio *impossibilia nulla obligatio est*”, vd, *id*, p. 1067. O autor cogita igualmente a possibilidade de se afastar o regime dos arts. 280/1º e 401º/1, sendo estas normas dispositivas, podendo assim o seu regime ser afastado ou alterado por acordo das partes, vd, *id*, p. 1072. Mas há posição contrária, que defende a imperatividade desse regime, vd, LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das obrigações...*cit, II, pp. 119-120, n. 253.

¹⁵² Apesar da inexistência do elemento literal no texto da lei que, analogicamente, remeta para o §285 BGB, parece que é pacífico admitir essa analogia, tendo em conta que essa não referência para o §285 BGB resulta de um lapso de redação, vd, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...*cit, II, pp. 1070-1071, n. 3488 e ainda PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...*cit, p. 176, n. 792.

impossibilidades num único articulado¹⁵³. Outra posição, na senda de MOTA PINTO, e porventura, antolhando uma interpretação mais atualista quanto aos efeitos da nulidade, corresponderia a que se reconhecessem a permanência dos deveres secundários de prestar¹⁵⁴. Por seu turno, em qualquer dos caminhos, o resultado equivaleria a uma maior facilidade em defender-se a posição de que o exercício do instituto do *commodum* de representação seria possível, aquando da contemporaneidade da perfeição do negócio jurídico.

Retomando o nosso itinerário pela escalpelização do instituto do *commodum*, nos moldes hipotizados pelo nosso legislador civil no art. 794º, percebemos que a sua construção literal não está isenta de problemas, muito pelo contrário. Divisa-se algumas questões jurídicas que importa, desde logo, aquilatar, principalmente no que toca aos elementos literais. Referimo-nos à exclusão das prestações de facto, positivas ou negativas, da possibilidade do exercício deste instituto e a omissão do destino da contraprestação do *accipiens*.

Num primeiro momento, entenda-se que a doutrina majoritária restringe, quer as prestações de *facere* como as de *non facere*, do âmbito de aplicação do *commodum*. Os argumentos geralmente evocados prendem-se com o texto do art. 794º, onde está escrito “objeto da prestação” - um vocábulo alusivo às prestações de coisa e não de facto. Acresce ainda o facto de a eventual indemnização a que o devedor tenha direito, em virtude de uma prestação de *facere* ou *non facere*, não se compaginar totalmente com o objeto da prestação impossibilitado, isto é, dificilmente consistirá num sucedâneo da prestação que o devedor estava adstrito¹⁵⁵.

Em sentido contrário, a doutrina minoritária entende que o exercício do *commodum* não é prejudicado pela assunção de uma obrigação de fazer ou não fazer. O entendimento é encabeçado pela ideia de que na redação do art. 794º, não existem quaisquer elementos excludentes para o exercício do *commodum* neste tipo de prestação. Com efeito, essa hipótese é avançada por NUNO OLIVEIRA, que refere que o vocábulo “objeto da

¹⁵³ OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Estudos...cit*, p. 23-24.

¹⁵⁴ Defendendo igualmente essa posição, *vd*, MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado...cit*, IX, pp. 330 e ss.

¹⁵⁵ Assim, PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO, *Lições...cit*, p. 236 e cf. ainda em *Comentário ao Código Civil, Direito das obrigações, Das obrigações em geral*, UCP, 2018, p. 1091. No mesmo sentido, limitando a aplicação do *commodum* às prestações de *dare*, *vd*, JÚNIOR, EDUARDO SANTOS, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Almedina, 2003, p. 528.

prestação”, presente na norma, não cercearia as hipóteses de aplicação às prestações de facto, que detêm tão-só um objeto imediato. O vocábulo referir-se-ia, na nossa ordem jurídica, tanto ao objeto imediato, *i.e.*, como vimos, aquele que se dirige a proporcionar o conteúdo do *quid* em si mesmo, e o objeto mediato, *a coisa transacionada*. Isso é particularmente notório quando o nosso legislador utiliza o vocábulo indistintamente, ou seja, tanto para designar o objeto imediato como o mediato (art. 401/3º)¹⁵⁶. E, na verdade, o argumento em que o jurista se arroga tem um fundo de verdade: ninguém pensaria em excluir as prestações de facto, no caso de impossibilidade originária, só porque no nº3 do art. 401º se refere a um “objeto”. Destarte, “objeto da prestação” pode significar o automóvel que A vendeu a B, como a hipótese de A se obrigar a pintar um quadro para B. Cremos que a possibilidade de se aceitar a abrangência do *commodum* de representação às prestações de *facere* ou *non facere*, colocar-nos-á perante um problema, não de índole textual, porque – como já vimos –, o art. 794º (e, por extensão, o art. 803º) são inconclusivos para reiterar essa posição, mas sim, a nível do fundamento do *commodum* de representação. E, sem querer adiantar o que se dirá de seguida, esse fundamento, se residir, como pensamos que reside, pelos menos em parte (quanto ao *commodum ex negotiatione*), na ablação, na remoção, na extirpação, dum *lucro ilícito contratual*, à semelhança do que temos vindo a explicar (o *disgorgement* como instrumento similar), então o juízo de admissibilidade de exercício do *commodum* às prestações de facto, sem fugir dos dados positivos do nosso código (art. 9º/2), afigurar-se-á mais perceptível^{157 158}.

¹⁵⁶ Cf. OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Princípios...*cit, p. 744. No mesmo sentido, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Contratos. Perturbações na execução*, Almedina, 2019, p. 53, onde a autora nega quaisquer limitações ao exercício do *commodum*, seja por ordem literal, histórica ou teleológica, acabando por afirmar que o *commodum* é exercitável tanto nas prestações de *dare* como *facere*, “(...) desde que a obrigação seja determinada e exista um objeto que se substitui à prestação originária”.

¹⁵⁷ Da mesma forma, OLIVEIRA, NUNO PINTO, embora sem grandes desenvolvimentos, entende que essa é a chave para a verdadeira compreensão do nosso instituto e para a abrangência das prestações de facto: “(...) as razões justificativas do *commodum* devem relacionar-se com um princípio de restituição do lucro alcançado através de um facto contrário ao dever – logo, através de um facto ilícito”, *vd, Princípios...*cit, p. 743. O insigne jurista reconhece ainda uma analogia entre o regime do sinal (art. 442º/2 e 3) e o nosso instituto do *commodum*, quando se dê o caso da alienação, por parte do promitente devedor, da coisa prometida, por um maior preço do que aquele celebrado com o credor promissário no contrato promessa. Os dois articulados estariam unificados por este princípio da restituição do lucro ilícito. Os regimes teriam um ponto semelhante e um ponto dissimelhante: o primeiro quando houvesse um incumprimento definitivo da prestação; o segundo quando se tivesse perante uma situação de mora qualificada. Sem embargo dessa dissimelhança, o jurista crê que este regime é uma concretização do art. 794º; constitui um afloramento desse princípio, *vd, id*, pp. 750-759.

¹⁵⁸ Pense-se na seguinte hipótese: supondo que A e B celebram um contrato em que apõem uma cláusula de não concorrência, na qual A se obriga a não concorrer, com os seus negócios, na zona de B. Supondo agora que haja uma violação ilícita dessa cláusula (isto é, A vem a celebrar negócios na zona de B), perfazendo um montante lucrativo bastante avolumado. À parte dos danos causados a B, ou seja, à parte da indemnização eventual a que tenha direito, B poderá exigir a A, aceitando-se estas premissas, o *commodum* de representação,

Em todo o caso, importa colocar um limite, discutido na jurisprudência e doutrina germânica, e que pensamos que poderá ser importado diretamente para o ordenamento jurídico português: falamos dum requisito de causalidade, uma conexão, entre o acontecimento que leva à impossibilidade de prestar e o objeto que o vem substituir. Cogita-se aqui um juízo de congruência ou identidade económica¹⁵⁹: haverá uma relação de correspondência, de substituição, entre o objeto inicial da prestação e o *sub-rogado*.

Tal assume particular interesse, no direito tudesco, para os contratos de prestação de serviço¹⁶⁰, que serviria também o direito civil português (art. 1154º). Utilizando o exemplo de SCHWARZE: se um professor de ténis não comparece na aula combinada com o aluno A, porque o aluno B disse que lhe pagava mais, poderão estar preenchidas as condições para o exercício do *commodum*¹⁶¹; porém, se o professor não comparece na aula porque teve um acidente e receberá uma determinada quantia da segurança social, essa quantia que se *sub-rogou* no lugar da prestação, não parece que possa ser exigida pelo credor. Não se pode afirmar que seja efetivamente um substituto da prestação impossibilitada, precisamente porque falha este requisito da identidade económica ou da conexão causal¹⁶².

ou seja, o montante que A veio a lucrar com o seu ilícito. É certo que esta hipótese interessará no caso do art. 803º, que de seguida veremos. Nesse caso, o art. 803º/2, na hipótese de B cumular a indemnização a que tenha direito com o exercício do *commodum*, o legislador exige que a indemnização seja reduzida na medida correspondente. Mas, de *iure condito*, não existe nenhum dado legal que impeça esta aplicação. Caso contrário, sem prejuízo do direito à indemnização do lesado, estaríamos a admitir que o devedor pudesse lucrar com o seu ilícito.

¹⁵⁹ PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...*cit, p. 241-242, n. 1137. Entenda-se que este não é um critério de igualdade: não se exige que o substituto seja inteiramente igual ao objeto impossibilitado. Está em causa, pelo contrário, um requisito que estabelece um nexo de representatividade, com congruência causal e económica, *vd*, aludindo à aplicação deste critério numa decisão jurisprudencial do BGH, SCALISE, RONALD J, *Why no efficient...*cit, p. 736.

¹⁶⁰ *Vd*, ARRUE, XAVIER, *Commodum ex negotiatione: una mirada al §285 BGB*, RDC, v. VII, Nº 3, 2020, p. 13, (disponível em www.nreg.es).

A posição tradicional alemã propendia para a negação das prestações de facto no âmbito do exercício do *commodum*. Todavia, tem ganho espaço, por labor da Doutrina, a sua inclusão, no contexto do §285BGB: este preceito remete expressamente para o §275/3, que se refere às prestações de *facere* infungíveis, que o devedor deve cumprir pessoalmente, *vd*, *id*, p. 13, e no mesmo sentido, com referências de autores a esta posição, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...*cit, p. 240, n. 1134.

¹⁶¹ Será um caso de *commodum ex negotiatione*, que veremos *infra*.

¹⁶² SCHWARZE, ROLAND, *Das recht der Leistungsstörungen*, p. 314 *apud* PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...*cit, p. 241, n. 1137. Naturalmente, o exemplo é extensível aos contratos de trabalho: se um trabalhador incumprir o seu contrato, porque teve um acidente, e receberá uma indemnização a título de seguro, o empregador não poderá pretender esse crédito. Não existe uma “relação de substituição”: a indemnização pelo dano pessoal não se identifica com a prestação impossibilitada, apesar de provirem do mesmo evento. Não guardam, por isso, uma relação de identidade ou coerência, *vd*, ARRUE, XAVIER, *Commodum...*cit, p. 18. E, assim, também, aos contratos de arrendamento: o arrendatário não terá direito a receber do proprietário aquilo que este receberá, por exemplo a título indemnizatório, de um terceiro que destruiu o imóvel arrendado. Falta a identidade entre o objeto devido (a faculdade de usar a coisa) e o *sub-rogado*, que é o valor da propriedade, e não o valor de uso, *vd*, *id*, p. 19.

Certa será, todavia, a restrição (inerente *ao commodum*) nas prestações de *dare*, em virtude da estatuição do princípio do consensualismo (art. 408º/1) e das regras do risco (art. 796º). Este é talvez o óbice mais importante e a que reduz severamente o âmbito de aplicação do exercício do *commodum*: supondo, por exemplo, que A celebrara um contrato com B, na qual lhe vendia o seu automóvel. A propriedade do automóvel, em razão da nossa ordem legal consistir num sistema de título, transferir-se-ia por mero efeito do contrato, *ope legis* (art. 408º/1). B seria o proprietário do automóvel em razão do contrato celebrado e válido. Porque assim é, o risco também se transmitiria com a propriedade (art. 796º/1) e, na sequência de, por exemplo, o automóvel perecer por um ato de terceiro, caberia a B o ónus de exigir uma indemnização pelos danos causados (art. 483º/1). Logo, não emerge nenhum *commodum* representativo, porque não nasce, na esfera jurídica do devedor, de A, um substituto da prestação impossibilitada por terceiro, tendo em conta que o *solvens* já não era o proprietário. Por seu turno, inobstante o escopo do exercício do *commodum* de representação ficar reduzido (e não *reduzidíssimo*¹⁶³), conceber-se-á ainda vários exemplos de transações em que a eficácia real é diferida para mais tarde: casos de contratos com uma cláusula de reserva de propriedade, compra e venda, de coisas indeterminadas¹⁶⁴, de bens futuros (art. 211º), partes componentes ou integrantes (arts. 408º/2 e 880º/1)¹⁶⁵.

Um outro problema que a redação do *commodum* de representação nos coloca contende com o destino da contraprestação do *accipiens*, num contrato bilateral. Ao que tudo indica, tendo em consideração a atribuição patrimonial que os arts. 794º e 803º propõem, dificilmente poderia coadunar-se com a afirmação de que o credor, exigindo esse sucedâneo,

¹⁶³ Cf. JÚNIOR, EDUARDO SANTOS, *Da responsabilidade civil...*cit, p. 528.

¹⁶⁴ Trata-se do caso das obrigações genéricas (arts. 539º e ss): tipos de obrigações indeterminadas, mas determináveis (art. 400º). Neste tipo de obrigações, consabidamente, a propriedade só se transferirá com a concentração da obrigação (art. 408º/2), momento capital das obrigações genéricas que passarão a obrigações específicas, (*rectius*, determinadas), através das condições explanadas pelo art. 541º. Em qualquer caso, o risco correrá por conta do proprietário que, antes da concentração, é o devedor. Ora, ocorrendo uma impossibilidade de prestar, antes da concentração, sem embargo do devedor continuar vinculado a cumprir enquanto houver unidades ou quantidade que lhe permitam satisfazer a obrigação (funcionando ainda o brocardo *genus nunquam perit* – art. 540º, *vd*, PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO, *Lições...*cit, p. 148), nada impedirá o credor de exercer o *commodum* de representação para a hipótese de haver um substituto da obrigação genérica impossibilitada.

¹⁶⁵ *Colorandi causa*, *vd*, OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Princípios...*cit, p. 742; PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...*cit, p. 239, n. 1134; PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO, *Lições...*cit, p. 236; FARIA, JORGE RIBEIRO, *Direito das obrigações...*cit, II, p. 370; VARELA, JOÃO ANTUNES, *Direito das obrigações...*cit, II, pp. 82-83 e LIMA, FERNANDO PIRES, VARELA, JOÃO ANTUNES, *Código civil...*cit, II, p. 48; AURELIANO, NUNO, *O risco nos contratos de alienação. Contributo para o estudo do direito privado português*, Almedina, 2009, p. 75.

não estaria adstrito a contraprestar. É que, como já referimos, o *commodum* representa uma projeção do sinalagma, numa fase posterior, secundária. Se o credor, antes da impossibilidade da prestação, tinha que inicialmente prestar, com este novo *quid*, que constitui o sucedâneo dessa prestação inicial, parece que, por igualdade, também terá que efetuar o que acordara, pois que, como vimos, não existe a constituição de uma nova obrigação¹⁶⁶. Sublinhe-se, no entanto, que o credor não é obrigado a exercer o *commodum* (bem como o *solvens* não pode obrigar o *accipiens* a exigir o sub-rogado, tendo em vista o recebimento da prestação deste¹⁶⁷); pode, efetivamente, desobrigar-se da sua prestação ou pedir a sua restituição, como preceitua o art. 795º/1. O que não pode é exigir aquilo que substituiu a prestação impossibilitada e, concomitantemente, desobrigar-se da sua prestação¹⁶⁸.

Note-se ainda que esta opção verificar-se-á quer estejamos perante uma impossibilidade não imputável, quer na impossibilidade imputável. Nesta última, com a assunção, de *iure condito*, pela “teoria da sub-rogação”, caso o credor faça valer o direito indemnizatório a que terá direito¹⁶⁹.

¹⁶⁶ *Vd.*, n. 119-120. Assim, no mesmo sentido, SERRA, ADRIANO PAIS, *Impossibilidade superveniente...cit.*, p. 57; PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...cit.*, p. 251 e pp. 592-593; FARIA, JORGE RIBEIRO, *Direito das obrigações...cit.*, II, pp. 370-371; LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das obrigações...cit.*, p. 274. Posicionando-se aparentemente contra, *vd.*, PRATA, ANA, *Código civil...cit.*, pp. 992-993: a jurista entende que, porque houve uma omissão do legislador em concretizar na lei o destino da contraprestação, consubstanciando-se numa lacuna legal, não pareceria líquido que, em sede de integração (art. 10º), o julgador criasse uma norma *ad hoc*, impondo a contraprestação do credor. A autora fundamenta a sua posição com base na teoria de que aquilo que o credor recebe, a título de sucedâneo da prestação originária, não é verdadeiramente aquilo a que tinha direito, mas, efetivamente, um seu substituto. Ora, esta solução não nos se afigura procedente. Julgamos que será possível fazer um juízo *a contrario* do art. 795º/1, de forma a poder integrar na lei a condicionalidade de o *accipiens* ser obrigado a prestar, se quiser valer o seu direito ao *commodum*. É que, sublinhamos mais uma vez, o substituto ainda se projeta no sinalagma, numa sua fase secundária e não nos parece que possamos alijar, deste modo, a reciprocidade que os contratos bilaterais consignam.

¹⁶⁷ *Vd.*, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...cit.*, p. 592, n. 2925 e LIMA, FERNANDO PIRES, VARELA, JOÃO ANTUNES, *Código...cit.*, II p. 60.

¹⁶⁸ *Vd.*, VARELA, JOÃO ANTUNES, *Direito das obrigações...cit.*, pp. 84-85.

¹⁶⁹ Assim, *vd.*, *colorandi causa*, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...cit.*, p. 650; LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das obrigações...cit.*, II, p. 274; PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO, *Comentário...cit.*, p. 1123.

Das considerações já inventariadas, para a impossibilidade não imputável, acerca do vínculo contratual que continua a onerar as partes, mesmo findo o dever primário de prestar (*vd.*, n. 119-120), não poderia, sob pena de contradição insanável, resultar outra formulação para a impossibilidade imputável. Nós vimos que o direito ao *commodum* de representação pressupõe uma *continuação* do vínculo, no que se refere às posições subjetivas. Tanto o devedor como o credor continuam adstritos a uma obrigação: o devedor deve informar o credor do aparecimento deste direito e o credor deve, se o acionar, contraprestar. Quer isto dizer que o *commodum* tem como pressuposto ontológico, do lado ativo da relação, a exigência da contraprestação. O mesmo se passa no art. 803º, em que o cálculo da indemnização será feito, ao que tudo indica, nos moldes da “teoria da sub-rogação” (não só pelos postulados que esta predica, mas tb. pela junção dos pressupostos do *commodum* com a indemnização).

De facto, a lei concede ao credor, através de remissão expressa (nº1 do art. 803º), a possibilidade de cumular o direito ao *commodum* e um pedido indemnizatório pelos danos causados a este¹⁷⁰. A lei demonstra-o particularmente no nº2 do art. 803º: as quantias são declaradamente diferenciadas. Isto é, são dois montantes sucedâneos da prestação principal, é certo, mas com escopos distintos: o montante indemnizatório cumprirá os pressupostos da responsabilidade civil (arts. 798º e 562º e ss¹⁷¹), que visa atuar sobre a consequência danosa para o credor, removendo um dano resultante do ilícito cometido¹⁷²; já o benefício do instituto do *commodum* não se compadece com nenhuma consideração da responsabilidade civil contratual, *rectius*, não observa nenhum requisito necessário para esta atuar. O *commodum*, tal como é postulado nos arts. 794º e 803º, é consequência *ex lege* dos efeitos duma atribuição patrimonial, conferida ao *accipiens*, e firmada pelo legislador nesses preceitos. São dois direitos que radicam em pressupostos diferentes. Neste contexto, ambos

Isto é, esta teoria, como método de cálculo da indemnização, é importada diretamente do direito germânico (“*Surrogationstheorie*”). Conceptualiza a ideia de que o sinalagma funcional se mantém, e nessa medida, a indemnização em causa vem substituir a prestação tornada impossível. Resulta daí que, em ordem ao *accipiens* obter essa indemnização substitutiva/ sub-rogatória, que não se refere ao contrato, mas apenas à obrigação primária, terá forçosamente que contraprestar, *vd*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...cit*, II, p. 1294 e PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...cit*, p. 644; LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das obrigações...cit*, II, p. 271 e PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO, *Lições...cit*, p. 362.

A par das críticas adjacentes a este *modus operandi* do cálculo da indemnização, como aquela em que o credor deve efetuar a contraprestação para obter uma indemnização pela via equivalente, quando quereria – num primeiro momento –, efetuá-la em troca da prestação em espécie, este método é, de *lege lata*, o que conserva mais a relação contratual, tal como ela se encontra, *vd*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...cit*, II, p. 1295.

Paralelamente, o *commodum* de representação, se virmos, é tb. um expediente que conserva o sinalagma contratual das partes. Quando combinado com a indemnização, só poderia consumir este tipo de cálculo, tendo presente que – e como já esclarecemos – para o *accipiens* ter direito ao *commodum*, terá que contraprestar. Daí que possamos inferir, ainda que implicitamente, do conjunto hipotizado pelo art. 803º, a admissão por esta teoria. Outra formulação, que não desenvolveremos aqui, corresponde à “*Differenztheorie*”, ou “*teoria da diferença*”, que não se confunde com a *fórmula da diferença* (de Mommsen), preceituada no art. 566º/2 (*vd, id*, p. 139, n. 543). A *teoria da diferença* concebe um cálculo diferente, subjacente à ideia de que a impossibilidade primária de prestar inviabiliza todo o contrato bilateral, reportando-se a indemnização não à contraprestação (como troca), mas sim a todo o contrato, desonerando o credor de contraprestar. Pode o *accipiens* então descontar a sua contraprestação (não efetuada ou devolvida), sendo a indemnização calculada pela diferença de valores das prestações, *vd, id*, p. 1295. Há ainda uma posição intermédia – *teoria da diferença atenuada* – em que se dá ao credor uma possibilidade de escolha entre proceder nos termos da “*Surrogationstheorie*” ou da “*Differenztheorie*”, *vd, id*, p. 1298.

De qualquer forma, a posição da *teoria da diferença* – que propõe uma “indemnização diferencial” – é manifestamente incompatível, de *iure condito*, com a opção do direito ao *commodum*, porque como se vê pressupõe a não exigência da contraprestação do credor para o cálculo indemnizatório.

¹⁷⁰ Certo será, todavia, que este pedido indemnizatório não colherá o estatuído no art. 566º/1. Como sabemos, a reconstituição natural traduz-se na forma primacial do ressarcimento. Isto é, a indemnização em via específica adquire, no nosso sistema, prioridade, como forma mais perfeita do ressarcimento dos lesados, em detrimento da indemnização pela via equivalente. De todo o modo, o legislador, para certas estatuições, consagrou diretamente a indemnização em dinheiro como preferível, sendo uma delas o art. 803º/2, *vd*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...cit*, II, p. 1273-1274, n. 4206.

¹⁷¹ *Vd*, n. 119.

¹⁷² *Vd*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...cit*, p. 1279.

preconizam a fase secundária da prestação impossibilitada e que acabam por se confluir, concorrendo entre si, na hipótese preceituada no art. 803º. Porém, como resulta expressamente do nº2, essa cumulação é, por sua vez, antecipadamente limitada: ao valor da indemnização a que o credor, eventualmente, terá direito, será descontado o valor do benefício que este também veio a exigir ao *solvens*, ou seja, na medida desse ganho.

O credor não pode exigir os dois montantes porquanto, ao pedir que o coloquem na posição em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido e ainda, arrogar-se no direito a esse benefício, tal redundaria numa posição melhor do que aquela em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido¹⁷³.

O que não implica – e este é o nosso *punctum crucis* – que a nossa lei civil, quando se dê uma impossibilidade imputável, sancione puramente o direito ao *commodum* de representação, por exemplo, um *commodum ex negotiatione*, sem a cumulação com um direito indemnizatório (que vimos que é possível, apenas e tão-só limitada) ou um direito resolutório (que, estamos em crer, incontestavelmente impossível)¹⁷⁴.

¹⁷³ PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...cit*, p. 650.

¹⁷⁴ Em decorrência da n. 169, falta-nos perceber se o direito ao *commodum* é passível ou não de ser cumulado com a resolução. Por outras palavras, saber se o exercício do *commodum* de representação oblitera o direito de resolução. É que, como refere o ilustre civilista Mota Pinto, as conceptualizações sobre o cálculo da indemnização vinham acopladas com uma conceção restrita da resolução, limitada, portanto, à desvinculação do contrato com obtenção da restituição das prestações efetuadas. A “*Surrogationstheorie*”, por sua vez, não assentava no exercício do direito da resolução do contrato (como decorre, evidentemente, da sua formulação), *vd*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...cit*, II, p. 1293, n. 4266. Daí que se torne mister apreciar deste problema.

A resolução (arts. 432º a 436º do CC), como sabemos, corresponde a um ato jurídico de dissolução dum vínculo obrigacional, enquadrada, por isso, num direito potestativo emergente da relação, que é feita através de declaração unilateral duma das partes. É uma declaração de vontade (art. 436º/1), recipianda, que é normalmente expressa (art. 217º), embora possa resultar de forma tácita (*v.g.*, art. 442º/2, quando o promitente fiel exige o retorno do sinal ou, nesta senda, quando o credor reclama uma indemnização limitada à diferença de valor, constituindo-se assim um *facto concludente* no sentido da resolução *vd*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...cit*, p. 1411, n. 4715. Assume, neste contexto, uma importância preponderante no regime do não cumprimento das obrigações, quanto aos seus efeitos obrigacionais, adquirindo aqui uma motivação subjetiva baseada no incumprimento, *vd*, por todos, MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Da cessação do contrato*, 3ª ed., 2017, pp. 67 e ss.

Note-se, contudo, que apesar da resolução estar incluída nos efeitos de um não cumprimento da obrigação, geralmente culposo (embora não necessariamente – art. 793º/2), esta não integrará o conteúdo do instituto da responsabilidade civil. Isto é, muitas vezes vemo-la associada aos efeitos do incumprimento (art. 801º ou art. 802º), nomeadamente, à obrigação de indemnizar que decorre desse inadimplemento. Contudo, esta não se inclui no instituto da responsabilidade civil; não visa reparar o prejuízo causado ao credor. Pelo contrário, é um direito potestativo que visa cessar a relação obrigacional e que se insere na estrutura complexa da obrigação, *vd*, MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Da cessação...cit*, pp. 124-125. Assim tb. segue *balizado* o nosso instituto do *commodum*, que se traduz igualmente nos efeitos obrigacionais do não cumprimento e que visa, da mesma forma, conferir ao credor um direito potestativo de exigi-lo. Neste cruzamento, ambos os institutos não contendem com a obrigação de indemnizar, embora – sublinhe-se -, ambos possam ser cumulados com a indemnização que o credor tenha direito pelos danos que lhe foram causados. Só que essa semelhança termina (e começa a incompatibilidade) – pelos menos nos parece – nos predicados da resolução e do *commodum*.

Até agora temos vindo a redigir um estudo unificado do *commodum* de representação, como instituto preceituado pela nossa lei, quanto aos efeitos obrigacionais. Sem prejuízo da divisão entre a impossibilidade não imputável (art. 794º) e imputável (art. 803º), com as suas corresponsivas consequências, este instituto em apreço deve ser representado como significando uma transferência, ou seja, uma atribuição patrimonial de um benefício, dum ganho, da esfera patrimonial do devedor, para a esfera patrimonial do credor.

Densifiquemos.

O *commodum* de representação bifurca-se entre o *commodum ex re* e o *commodum ex negotiatione*. Assumirá esta natureza bipolar conforme o destino do objeto da prestação.

Com efeito, com a resolução, extingue-se um vínculo; faz-se cessar uma relação contratual que determina a extinção das respetivas prestações. E, neste encadeamento, o regime resolutório remete-nos para os efeitos da invalidade do negócio jurídico (art. 289º). Aqui, sabemos que a regra se traduz num efeito retroativo (*ex tunc*) visando colocar as partes no *status quo ante* e reconduzindo-as ao estado anterior à celebração do contrato, sem prejuízo das exceções estatuídas no art. 434º/1 e 2, que veem produzir um efeito *ex nunc*. Quer isto dizer, cada uma das partes terá de restituir à contraparte tudo o que indevidamente mantenha em consequência da cessação, *vd, id*, pp. 175-190. Com o *commodum*, pelo contrário, o vínculo não se extingue; a relação contratual não cessa pela exigência do *commodum*. A incompatibilidade começa pela raiz de ambos os institutos que conformam a relação contratual de maneira diferente. Isto é, como refere Martinez, a resolução justifica-se em razão da quebra do sinalagma, baseia-se na perturbação do equilíbrio contratual, *vd, id*, p. 213, ou seja, o credor não quer mais estar vinculado àquele contrato. Diversamente, a exigência do *commodum* pressupõe a continuação desse sinalagma através da *sub-rogação real* do objeto dum impossibilidade da prestação primária.

De outra forma. No cômputo da indemnização, o credor que opte por este direito resolutório, só pode querer um cálculo nos moldes da “*Differenztheorie*”, tendo em conta que a resolução opera de forma a que a prestação do credor lhe seja devolvida (caso já a tenha realizado), ou seja, não pressupõe a manutenção do contrato. Daí que, como explica Mota Pinto, esta prepare e possibilite a obtenção de uma indemnização apenas pela diferença de valor entre a prestação, por um lado, e a contraprestação, por outro, pelo que se integrará nos termos do “método da diferença”, *vd*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...cit*, p. 1411. Doutra modo, o exercício do *commodum* exige a contraprestação do credor, *rectius*, exige a manutenção do contrato. Como compatibilizar, por um lado, o direito resolutório, onde o credor não tem de contraprestar (ou se já o tiver feito, é-lhe devolvida), e o direito ao *commodum*, que exige contraprestação? Torna-se notoriamente impossível essa cumulação, até porque outro “*método da medida da indemnização*” se preconiza para o *commodum*. E, portanto, seria contraditório o credor resolver o contrato e pedir simultaneamente uma indemnização que incluísse o valor da sua contraprestação, nos termos do “método da sub-rogação”, *vd, id*, p. 1411. Inclusivamente, VAZ SERRA já aludia expressamente a essa inconciliação: “[se o credor] aceitou o *commodum*, parece que não deve poder resolver o contrato (...) se fizer a declaração de que resolve o contrato, (...), não pode o credor vir exigir depois o *commodum* representativo da prestação que, em virtude da resolução, deixou de ser devida”, *vd, Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor*, BMJ, Nº47, 1955, p. 41.

Curiosamente, o Professor Martinez parece inclinar-se para uma posição contrária: por um lado, parece perspetivar o direito ao *commodum* como decorrência da responsabilidade civil, quando nos parece que não decorre do *commodum* qualquer exigência de prova dos pressupostos do instituto da responsabilidade contratual nem que este vise cobrir um dano sofrido pelo credor (aliás, era já essa a posição do Professor Varela, que escrevia que o beneficiário não tinha necessidade de provar qualquer prejuízo, *vd, Direito das obrigações...cit*, II, p. 82); mal se explicaria até a sua inserção na impossibilidade não imputável. Depois, refere que, em decorrência desta primeira nota, o *commodum* pode ser cumulado com a resolução, se ele constituir um meio de ressarcimento de danos, *vd*, MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Da cessação...cit*, pp. 143-144. Mas não podemos concordar com esta posição pelas razões acima expostas.

No *commodum ex re* trata-se do benefício da coisa em si mesma: consiste nos casos que nos temos vindo a debruçar, *i.e.*, casos de perecimento ou de inutilização da coisa, podendo dar-se quer na hipótese do art. 794º, quer no art. 803º. Um exemplo paradigmático, e porventura mais comum, corresponde àquele em que o devedor *destrói* sem culpa o objeto da prestação e, em virtude desse perecimento, terá direito a um crédito do seguro. Poderá o credor então exigir esse crédito que veio substituir o objeto da prestação impossibilitada (desde que, como já sabemos, a eficácia real tenha sido diferida). O crédito aqui representa o *commodum ex re*: o direito adquirido pelo devedor destina-se a substituir a coisa *desaparecida* ou *inutilizada*¹⁷⁵.

Divergentemente, o *commodum ex negotiatione* não se refere à coisa em si mesma. Pelo contrário. Refere-se a um ato dispositivo do *solvens*, que aliena o objeto da prestação, originando a impossibilidade. Corresponderá então à hipótese em que o *accipiens* poderá exigir aquilo que se *sub-roga*, em substituição do objeto, *i.e.*, a entrega do preço da negociação, um ganho, um *lucrum ex negotiatione* – o benefício da negociação (a própria expressão o denuncia), da alienação, integrando-se aqui, as prestações de *dare*. Interessando mais à estatuição do art. 803º, dificilmente se poderá congeminar, sem prejuízo desta doutrina também se aplicar, à hipótese enquadrada no art. 794º, ou seja, uma alienação sem culpa do devedor: pense-se na situação, rara, de a coisa devida, que ainda não foi transferida para o domínio do credor, ser alienada por ato do procurador, sem culpa do mandante-devedor¹⁷⁶.

Destas considerações não parece resultar a exclusão das prestações de *facere* ou de *non facere*, porque o princípio em causa é o mesmo: se se aceita que determinado facto ilícito, que dá origem a um lucro – que corresponde ao *commodum ex negotiatione*, porquanto fruto dum ato culposo do devedor – se *sub-roga* no objeto da prestação (por exemplo, como vimos, uma obrigação de não concorrência que é violada e que, dessa violação, resultam ganhos), então estas prestações devem fazer parte do núcleo do *commodum ex negotiatione*.

¹⁷⁵ Assim já referia VARELA, JOÃO ANTUNES, *Direito das obrigações...cit*, II, p. 83.

¹⁷⁶ *Vd. id.*, p. 83.

O *commodum ex negotiatione* é pouco explorado pela doutrina portuguesa, havendo escassas referências na Doutrina civilista¹⁷⁷. O mesmo não acontece na Doutrina germânica, berço desta teorização do *commodum* de representação, que vem postulado, como já aqui o referimos, no §285 BGB.

Neste ordenamento, o instituto do *commodum* é estudado prolixamente e apontam-se-lhe várias *ratio legis*. Em primeiro lugar, nós vimos que uma primeira fundamentação embrionária do *commodum*, originária do direito romano, consistia no binómio risco/benefício: o credor, porque suportava o risco, tinha direito àquilo que se *sub-rogava* em virtude da impossibilidade. Porém, esta ideia de *sub-rogação*, filiada nessa regra, não pode servir, senão como mera descrição do preceito, o fundamento da norma. A relação causal de uma *sub-rogação real* não é garantidora que, o que se substitui, deva pertencer ao *accipiens*¹⁷⁸. Assim, os codificadores alemães cedo abandonaram esta ideia, como “*motivo-fundamento*”, apartando-se da herança histórica, porque o credor poderá exigir o *commodum* também quando o devedor deve responder pela impossibilidade e, se for caso disso, pelos danos causados¹⁷⁹. Dessa forma, perfilharam que a ideia de *sub-rogação* diria respeito à vontade das partes e à equidade: haveria uma *tacita intentio* das partes em consagrar o *commodum* ao credor¹⁸⁰.

FRITZ SCHULZ, pelo contrário, propôs o entendimento de que o *commodum* se filiava nas regras do enriquecimento injustificado, através da *condictio* por intromissão. Para SCHULZ, o relevante seria que o comportamento do devedor constituísse uma *intromissão*

¹⁷⁷ Exceções sejam feitas a VARELA, JOÃO ANTUNES, *Direito das obrigações...cit*, II, p. 82-83; PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...cit*, pp. 239-253; OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Princípios...cit*, pp. 745-747; PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO, *Lições...cit*, p. 235 e 393. No entanto, parece ser pacífica, ou pelo menos, inquestionável, que o nosso articulado consagre a integração do *commodum ex negotiatione*. Entende-se facilmente a sua integração: o *preço da negociação* cabe ainda dentro da tutela protetora do *commodum*, que cumpre o desiderato de atentar aos benefícios que acrescem ao património do *solvens* e que substituem o objeto da prestação a que estava adstrito. Cabe, portanto, ainda dentro do rol de substitutos possíveis.

Veja-se que, a introdução deste *lucrum ex negotiatione* como possível substituto da prestação constitui um produto do labor da Doutrina e Jurisprudência alemã. Traduziu-se nas tentativas de interpretação do §285 do BGB e, se inicialmente foi recusada a sua aplicação, na medida em que falharia o requisito, como vimos, de congruência económica identitária entre o objeto da prestação impossibilitada e o preço (este não seria a causa da impossibilidade, mas sim o negócio dispositivo), rapidamente se entendeu que esse preço podia consubstanciar um substituto, porque este obtém o preço da mesma fonte que veio causar a impossibilidade, *vd*, ARRUE, XAVIER, *Commodum...cit*, p. 7 e 17. Quer isto dizer, o segundo negócio é, simultaneamente, *causa* e *efeito* do exercício do *commodum ex negotiatione*: *causa*, porque origina a *impossibilidade*; *efeito*, porque traduz-se no preço auferido e que *substitui* o objeto que era devido.

¹⁷⁸ SCHWARZE, ROLAND, *Das recht...cit*, pp. 406-407, *apud* ARRUE, XAVIER, *Commodum...cit*, p. 3, n. 15.

¹⁷⁹ *Id*, p. 5.

¹⁸⁰ *Id*, p. 5.

ilícita e, também nesta senda, VON CAEMMERER entendia que na relação *inter partes* o objeto estaria atribuído, num sentido económico, ao credor¹⁸¹. Por isso, atribuir-se-ia e explicar-se-ia o *commodum* através doutro instituto, o enriquecimento sem causa, na modalidade de enriquecimento por intervenção, porque o autor entendia que o *direito de crédito* também teria um *conteúdo de destinação*¹⁸².

Até aqui, o fundamento do *commodum* seria relativamente pacífico, se não fosse a crítica de HANS STOLL. O autor propôs um paralelismo com a figura da *compensatio lucri cum damno*: nos casos do §285 BGB, ocorre um evento que “enriquece” o devedor/lesante, e não o credor/lesado, que sofre um dano: benefício e dano ocorre em pessoas distintas, de maneira que, para corrigir esta situação, é necessário que o credor possa exigir o benefício ao devedor, justificando-se pela “relação interna” existente entre essas duas componentes¹⁸³. Consequentemente, a consideração conjunta da vantagem do credor perante uma obrigação de indemnizar do devedor, justifica inevitavelmente, a atenuação dessa vantagem, na medida

¹⁸¹ *Id*, p. 6.

¹⁸² A analogia entre o *commodum* e o *enriquecimento por intervenção* não deixa de ser surpreendente, dada a extensão aos direitos relativos. Mas essa é mesmo a teoria de HARTMANN, FELIX, *Der Anspruch auf das stellvertretende commodum*, pp. 82-83: o §285 BGB cumpriria para o titular do direito de crédito a função que o direito do enriquecimento cumpre para os titulares de direitos absolutos. O decisivo para conceder o direito ao *commodum* seria comprovar se o devedor havia feito uso da “*posição jurídica*” do credor, para se enriquecer, ou seja, se “*usurpara*” a sua posição jurídica. O autor entende, por isso, que o §285 deve outorgar uma extensão a todos os direitos – relativos e absolutos, *apud*, ARRUE, XAVIER, *Commodum...cit*, p. 10-11. O jurista alemão dá-nos um exemplo retirado de um caso de prestações de facto da jurisprudência: K recebe de V uma empresa de auditoria. O contrato proíbe a V atender os seus antigos clientes. V não cumpre essa obrigação e atende 2 clientes. K vem exigir os honorários de V que obteve com esses clientes. O autor refere então que se atendermos ao §285 BGB, com esta *ratio*, a solução dependerá de que a posição contratual do credor tenha um “*conteúdo de atribuição*” que alcance os benefícios obtidos. Na sua ótica, haverá aplicação do §285 BGB, se V *usurpou* a posição de K, sendo certo que se “enriqueceu” incumprindo a obrigação de omissão a que estava contratualmente obrigado, HARTMANN, FELIX, *Der Anspruch...cit*, p. 5 *apud*, ARRUE, XAVIER, *Commodum...cit*, p. 14. Todavia, como nota e bem o autor espanhol, não há uma violação dum a posição contratual que dê direito ao *commodum*; é sim a violação da obrigação de omissão, pelo que o autor entende que a atribuição do *commodum*, neste caso, resulta da *tacita intentio* das partes. Porém, será que não podemos inteligir, nesta senda, que a atribuição do *commodum* (*ex negotiatione*) resulta de um ilícito e que o ordenamento visa, em sede própria (§285 BGB), remover esse lucro?

Ainda segundo o autor alemão, o valor do *commodum* também se limitaria, em virtude da aplicação do §818/3, resultando que o devedor não tenha, em certos casos, que entregar ao credor um valor de que já não dispõe, *vd*, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...cit*, p. 245.

Parecendo até que esta posição é a dominante na doutrina e jurisprudência alemã, *vd*, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *id*, pp. 243-244, n. 1148 e 1149. Neste contexto, a autora inclusive atesta que tal constitui um ponto de partida para uma densificação dos pressupostos da obrigação de restituir autónoma da responsabilidade civil, *id*, p. 244.

¹⁸³ STOLL, HANS, *Vorteilsausgleichung bei Leistungsverteilung*, p. 688 *apud* ARRUE, XAVIER, *Commodum...cit*, pp. 9-10. Vendo na *compensatio* uma pretensão abrangente, “*colonizadora*” mesmo, com paralelismos com outros institutos, designadamente, o *commodum*, *vd*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...cit*, I, pp. 624-625, n. 2058.

em que procede da mesma fonte¹⁸⁴. Logo, tal entendimento, vem precluir a exigência do credor do direito ao valor total do *commodum*. Nesta ótica, o dano traduzir-se-ia num limite do *commodum*¹⁸⁵.

Com efeito, o valor do *commodum* que pode ser exigido pelo credor constitui um problema controvertido no direito alemão. Por exemplo, no *commodum ex negotiatione*, a questão coloca-se com mais acuidade quando o preço é notavelmente superior ao dano causado: deve o credor poder exigir aquilo que, com “habilidade negocial”, o devedor, apesar de ter agido ilicitamente, auferiu? Outros autores, em linha oposta, afirmam que, porque a pretensão do *commodum* não é indemnizatória, tem como consequência a independência do valor que está sujeito ao *commodum*¹⁸⁶ – independente, assim, do dano do credor, tendo que o devedor entregar o que haja recebido¹⁸⁷.

Parece que, mais uma vez, o problema da entrega do valor do *commodum* (total ou limitado ao dano do credor) decidir-se-á, ou estará dependente, da conformação teleológica que se faça do instituto. Quem aceite a ideia de STOLL, orientando o instituto do *commodum* pela *compensatio*, tenderá a ver no dano do *accipiens* um limite para a exigência do *subrogado*.

A mesma resposta será dada para quem veja o exercício do *commodum* como uma extensão dogmática, um *subcaso* da modalidade de *enriquecimento por intervenção*: quem se “enriquece” só deverá restituir o valor objetivo que se enriqueceu e não o produto – leia-se, o *commodum ex negotiatione* – desse enriquecimento. Tanto mais que, o §818/3 BGB, como vimos, parece apontar nesse sentido.

Divergentemente, quem aceite que o credor possa exigir o valor total do *subrogado*, atenderá a uma maior proteção do credor, aproximando-se duma tutela dum

¹⁸⁴ STOLL, HANS, *Vorteilsausgleichung...*cit, p. 688, *apud*, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...*cit, p. 245.

¹⁸⁵ PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...*cit, p. 245. Subscrevendo igualmente esta posição, asseverando que, do ponto de vista do devedor, este seria obrigado, perante a invocação do *commodum*, a deduzir ao seu “lucro”, o “dano” causado ao credor, *vd*, LÖWISCH, MANFRED, *Herausgabe von Ersatzverdienst*, p. 2051, *apud* PIRES, CATARINA MONTEIRO, *id*, p. 246.

¹⁸⁶ Com o parênteses de que, também o §285/2 BGB, semelhante ao art. 803º/2 CC, reduz a indemnização compensatória que o credor tenha direito, se fizer valer também o valor do *commodum*, sendo a redução operada na mesma medida. Efetivamente, tal só evidencia que estamos perante duas obrigações diferentes, que, apesar de promanarem do mesmo evento, são inconfundíveis.

¹⁸⁷ Cf. EMMERICH, VOLKER, *Das recht der leistungsstörungen*, p. 162; BENICKE, CHRISTOPH, GREBE, CHRISTIAN, *Soergel Kommentar zum BGB*, §285, *apud*, ARRUE, XAVIER, *Commodum...*cit, p. 21. Como refere o autor espanhol, do sentido e finalidade do preceito não se depreende que a obrigação do devedor tenha que limitar-se ao prejuízo do credor. Isto é, ao devedor não cabe ficar com aquilo que procede dum objeto, porque não lhe corresponde, *id*, p. 21.

“cumprimento” *in natura*. Isto é, exigir o valor total do *sub-rogado* é o que mais se aproxima do valor do cumprimento que era exigido e o que melhor sufraga a ideia de valor do bem *in natura*. SCHMIDT dá-nos um exemplo dum *commodum ex re*, mas também serve para o *commodum ex negotiatione*: A compra um automóvel por 32 a B. O carro destrói-se. A seguradora paga 35 a B, que é o valor do automóvel. Se A exige a B esses 35, ficaria a ganhar 3, como se tivesse entregue o automóvel *in natura*. Isto é, o vendedor não poderia beneficiar da sua “má venda” e entregar só 32, alegando ser esse o preço do automóvel¹⁸⁸. Tal como o *accipiens* não poderia exigir um valor superior, caso o bem estivesse assegurado por uma quantia inferior ao valor real do bem¹⁸⁹.

Há, por fim, uma posição intermédia, que atesta que não se tratará de restituir todo o benefício, nem o valor objetivo *usurpado*. Trata-se de repartir esse ganho, segundo a contribuição das partes na obtenção desse benefício final¹⁹⁰.

Em todo o caso, o §285 BGB (tal como os arts. 794° e 803°) não pretenderá consagrar nenhuma *responsabilidade pelos ganhos (Gewinnhaftung)*¹⁹¹. Caberá, simplesmente, à Doutrina, a resolução da questão do destino dum *substituto* de uma prestação impossível, à luz de uma teleologia concretizadora e que venha entretecer a verdadeira *ratio legis* do instituto.

Entre nós, o fundamento sobre o exercício do *commodum* é menos contestado. A *ratio* deste instituto pode ser perspetivada de duas formas: olhando para o *accipiens*, o *commodum* visará a atenuação de um prejuízo (ou, quando releve, um dano). Tal parece ser um ponto unânime, tanto na ordem jurídica alemã, como portuguesa, quiçá ancorado em resquícios do brocardo romanístico binomial “risco/benefício”.

Todavia, quando perspetivamos o sentido do *commodum* do ponto de vista do *solvens*, os problemas adensam-se. Normalmente, os autores limitam-se a apelar ao substrato do instituto do enriquecimento sem causa, como forma de “correção do enriquecimento do

¹⁸⁸ SCHMIDT, ROLF, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, p. 149, *apud*, ARRUE, XAVIER, *Commodum...cit*, p. 24.

¹⁸⁹ ARRUE, XAVIER, *Commodum...cit*, p. 30.

¹⁹⁰ A posição é de HARTMANN, FELIX, *Der anspruch...cit*, p. 336, *apud*, ARRUE, XAVIER, *Commodum...cit*, p. 25. Relembre-se que esta posição vem coincidir, em determinados moldes, com aquela mesma que DAGAN detinha para a remoção dos lucros, nos então impropriamente chamados “*restitutionary damages*”: a exigência de boa-fé entre as partes desencadearia a divisão dos lucros, em honra ao espaço de partilha e cooperação que o contrato advoga, *vd.*, n. 40.

¹⁹¹ Cf. ARRUE, XAVIER, *Commodum...cit*, p. 25.

devedor”¹⁹². A possibilidade de exigência deste *sub-rogado* – através do *commodum* – fecundaria o entendimento de que tal evitaria o locupletamento do devedor. Mas esta remissão teleológica para o enriquecimento sem causa não pode traduzir senão uma ideia de expressão do princípio geral de “*proibição de enriquecimento à custa alheia*”, sob pena de inadaptação ou inadequação às categorias emanadas do instituto. A aproximação, por exemplo entre o *commodum ex negotiatione* e o *enriquecimento por intervenção*, só pode resultar duma ficção. Este último, como categoria discernida pela Doutrina, reconduz-se às hipóteses em que o enriquecido *intervém* num direito absoluto, aproveitando-se de possibilidades fáticas e jurídicas de uma *coisa*, a qual se considera ilegítima, porque o direito que sobre ela incide se encontra atribuído a outrem¹⁹³. Quando assim é, aquilo que justifica a transferência do montante a restituir, daquele património que foi *violado*, é que essa quantia (percecionada como vantagem ou benefício) estava destinada, *atribuída*, segundo a ordenação jurídica dos bens, ao *empobrecido*. Em face de um “conteúdo de atribuição” (*Zuweisungsgehalt*)¹⁹⁴, estava reservado ao titular, e só a ele, o aproveitamento económico daquelas utilidades (seja o uso, consumo ou alienação), que foram *usurpadas*¹⁹⁵. O *enriquecido* terá, portanto, que restituir aquilo com que se locupletou – o *lucro de intervenção*¹⁹⁶.

¹⁹² Cf., PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO, *Lições...*cit, p. 234; ANDRADE, MANUEL, *Teoria...*cit, p. 423; LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das obrigações...*cit, II, p. 274; VARELA, JOÃO ANTUNES, *Direito das obrigações...*cit, I, p. 511.

¹⁹³ LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Enriquecimento...*cit, p. 684. Fala-se aqui em *interventor* para designar aquele que enriquece – *lucro de intervenção ou ingerência* – através do uso, consumo, ou alienação nos direitos ou bens alheios, em oposição ao *titular do direito*, aquele que detém uma posição jurídica *absolutamente* protegida e em cuja esfera a *intervenção* se deu, *vd.*, COELHO, FRANCISCO PEREIRA, *O enriquecimento e o dano*, Almedina, 2003, pp. 7-8.

Note-se que esta categoria, embora não encontrando respaldo nos dados jurídico-positivos (art. 473º/2), a Doutrina reconhece-lhe provimento, *vd.*, LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Enriquecimento...*cit, p. 663. Sem prejuízo de, em virtude da subsidiariedade deste instituto, ser aplicável o regime do art. 472º, caso o titular aprove a gestão, *vd.*, *id.*, pp. 479-483.

¹⁹⁴ Parece ser esta a teoria dominante (embora haja outras, como a *teoria da ilicitude* – *vd.*, n. 216) nesta categoria do enriquecimento sem causa, *vd.*, LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das obrigações...*cit, I, p. 438.

¹⁹⁵ Assim, COELHO, FRANCISCO PEREIRA, *O enriquecimento...*cit, p. 23 e 45. A fundamentação dogmática desta tese, comum aos defensores dela, prende-se com a ideia de que o enriquecimento por intervenção representa uma continuação da proteção relativa à titularidade de bens, através da reposição da ordenação que a ordem jurídica determinou. Destinar-se-ia a atribuir uma compensação ao titular dum bem jurídico que, sem autorização, foi *usurpado*, *vd.*, LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Enriquecimento...*cit, pp. 775-776.

¹⁹⁶ Não podemos tratar aqui, salvo com grave perfunctoriedade, da questão do valor a ser restituído.

No direito alemão, as posições variam entre uma restituição “*forte*” e uma restituição “*fraca*”. Varia entre a entrega de todos os rendimentos gerados através da exploração do direito em causa (uma *Gewinnhaftung* – a restituição de todos os ganhos do interventor), independentemente, portanto, do empobrecido não pretender efetuar uma exploração semelhante, *i.e.*, independentemente dum requisito de empobrecimento (posição de HECK) e, por outro lado, a restituição do valor objetivo de uso ou dos bens consumidos ou alienados (salvo

A palição que o *commodum ex negotiatione* (art. 803º/1) promove é manifestamente diferente, na medida em que não está em causa qualquer *lucro de intervenção*, mas sim outro tipo de lucro: o *preço da negociação* que o devedor realizou com um terceiro, de um objeto da prestação que era dirigida ao credor. No caso das prestações de *dare*, a propriedade ainda não fora transmitida, não detendo o *accipiens* o monopólio de

dolo do *interventor*), ou seja, o valor correspondente ao bem *usurpado* (posição de Von Caemmerer) e ainda a posição intermédia de Wilburg, de que far-se-ia a restituição de todas as vantagens do enriquecido, mas que apenas apresentassem uma *conexão económica* com o bem jurídico alheio, *vd*, LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Enriquecimento...cit*, pp. 772-775 e COELHO, FRANCISCO PEREIRA, *Enriquecimento...cit*, pp. 53-61.

No direito português, as posições são igualmente divergentes. O problema é hermeneuticamente complexo: reside no requisito “à custa de outrem” (art. 473º/1), e no art. 479º/1, com a locução “tudo o que se tenha obtido à custa do empobrecido”. Partindo da conceção de Diogo Campos, “à custa de outrem”, é simultaneamente pressuposto e medida da obrigação de restituir: é pressuposto na medida em que tal estabelece um *nexo de imputação* a um certo património; é medida porque se estabelece a ligação entre o *enriquecido* e as suas “*vantagens*” retiradas daquele património imputado, *vd*, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Almedina, 2003, pp. 455-456. Neste contexto, a “*teoria do duplo limite*”, atendendo ao requisito “à custa de outrem”, entende que o enriquecimento estará *delimitado* tb. pelo empobrecimento, por um “*dano*”. Dano esse que, tal como o enriquecimento, deveria ser medido de forma *patrimonial*: não o efetivo enriquecimento (o *real*) mas a projeção deste na esfera do empobrecido. Só que facilmente se percebe a irrazoabilidade deste critério quando aliada ao *enriquecimento por intervenção*: quem não tivesse a intenção de usar a mota de água, que o enriquecido usou durante umas férias de verão, este nada teria a restituir. Por isso, Pereira Coelho fala aqui numa *versão inexacta* da doutrina do “duplo limite”. A *versão exata* seria a delimitação entre o *enriquecimento patrimonial* e um empobrecimento, não *patrimonial*, mas *real*, ou seja, neste contexto, um *dano real* (corporizado aqui no valor económico reservado ao empobrecido), aproximando-se consequentemente da tese de Von Caemmerer, *vd*, *Enriquecimento...cit*, p. 39. Crítico desta aceção, Antunes Varela entende que não é este o limite que a lei fixa (*v.g.*, o valor real do bem *usurpado*). A lei manda restituir tudo quanto tenha sido obtido à custa de outrem e não o valor objetivo de uso. Caso contrário, tudo se passaria como se o intrometido pudesse *usurpar* o bem, pagando o preço “justo”. Além de que, a conceção de PEREIRA COELHO quadrar-se-ia mal quando o *intrometido* estivesse de má-fé ou agisse com dolo, *vd*, VARELA, ANTUNES, *Direito das obrigações...cit*, pp. 514-515. Neste sentido, CAMPOS, DIOGO LEITE, *A subsidiariedade...cit*, pp. 484 e ss. Haver-se-ia, no entanto, que descontar desse “lucro” *fatores* que dissessem tão-só respeito ao *intrometido*, *vd*, *id*, pp. 490-491.

O objeto da obrigação de restituir deve, na ótica de MENEZES LEITÃO, ser um conceito “heterogéneo”, *i.e.*, que se molda consoante a categoria que esteja em causa. Por isso, tanto no art. 479º/1 como no §818 BGB deve estabelecer-se primariamente o que se obteve à custa de outrem. No enriquecimento por intervenção, a posição maioritária alemã é aquela em que o objeto a restituir corresponde no próprio uso ou consumo de bens alheios, o próprio valor correspondente medido pelas regras do mercado, *vd*, *Enriquecimento...cit*, pp. 873-878.

Mas *quid iuris* quando o *enriquecido* obtém rendimentos através da exploração de bens alheios, deve restituir o valor dessa exploração ou os rendimentos consignados, ou seja, o *commodum ex negotiatione*? Na Alemanha, a doutrina dominante pronuncia-se no sentido da restituição do valor e que os ganhos pertencerão ao *interventor*. No entanto, há tese contrária que defende a restituição do *commodum ex negotiatione* (aqui, o obtido com bens alheios do *empobrecido*). Menezes Leitão alinha com a posição dominante: o art. 479º/1 é dirigido ao que foi obtido à custa de outrem; em caso de impossibilidade de restituição, será restituído o valor correspondente. Este valor correspondente, na ótica do civilista, preclui a ideia do *commodum ex negotiatione*: aquele conceito não é dirigido a um *aumento patrimonial* do enriquecido. Logo, no §818 e 479º, os ganhos obtidos não cabem no conceito de objeto de restituição, porque não corresponde ao que foi primariamente obtido, nem – sublinhe-se – ao *valor correspondente*. Não haveria, portanto, no art. 479º uma “*Gewinnhaftung*”. Caso contrário, como o autor elucida, o *enriquecimento por intervenção* transformar-se-ia numa obrigação de indemnizar *invertida*: colocar-se-ia o *interventor* na posição em que estaria se não tivesse ocorrido a intervenção, *id*, pp. 879-880.

Porém, repare-se. No ordenamento jurídico inglês e americano essa *inversão* é feita com o *disgorgement*: atende-se à esfera patrimonial do *lesante* ou *enriquecido*.

poderes que os direitos absolutos autorizam. Está em causa a proteção de *direitos relativos*, visando relações *inter partes* e não relações absolutas, de *excludência* (*ius excludendi alios*), na qual a doutrina da *Zuweisungsgehalt* detém o seu campo de aplicação e que não parece consentir, senão por dissimulação, a extensão aos direitos de crédito¹⁹⁷.

Nesta chamada à colação dos *fundamentos* do *commodum subrogationis*, ainda se descortina uma ligação funcional entre este e o instituto da *compensatio*. Porém, ao contrário do ordenamento jurídico alemão, essa ligação não encontra adeptos no Direito português¹⁹⁸. Esse resultado poder-se-á dever a uma resposta aparentemente *simples*.

A *compensatio* está umbilicalmente ligada à obrigação de indemnizar, mais propriamente com a *fórmula da diferença* (art. 566º/2). Quando o lesado sofre um dano e, simultaneamente, aufere um benefício promanado desse evento, interroga-se se o lesante poderá descontar à indemnização, esse evento lucrativo. Se tivermos em conta a *fórmula da diferença*, na parte que atende à situação hipotética atual do lesado, bem como, à finalidade

¹⁹⁷ Ainda assim, pode colocar-se a questão de, no âmbito do *enriquecimento por intervenção*, o *enriquecido* alienar onerosamente (não estando em causa uma alienação gratuita – art. 481º) direitos que lhe são alheios. A regra comum do nosso ordenamento é, consabidamente, a ineficácia dessa venda (art. 892º). No entanto, pode haver casos de aplicação das regras do *enriquecimento*, v.g, a hipótese elencada no art. 2076º/2.

Na doutrina alemã, a posição dominante é a restituição do ganho, a restituição do *commodum ex negotiatione*, tendo em conta que ainda pertencia ao titular do direito o destino da coisa à obtenção de ganhos. “*Quem nada tem para alienar, não pode obter qualquer ganho, independentemente da sua habilidade ou sorte*”, vd, LEITÃO LUÍS MENEZES, *Enriquecimento...cit*, pp. 742 e ss e p. 749. Não está aqui em causa a aplicação das regras do *commodum*, como afirmavam Reuter e Martinek vd, *id*, p. 750. Efetivamente, como já sabemos, o *commodum* aplica-se aos direitos de crédito e não pode ser confundido neste âmbito, vd, *id*, concordando, p. 751, n. 2017. Está em causa então uma interpretação *correta* do objeto da obrigação de restituir (art. 479º/1). Menezes Leitão ocupou-se desta questão: consabidamente, nestes casos, no art. 479º/1, há de facto uma impossibilidade de restituir em espécie, dado que, normalmente, aqui a vantagem é incorpórea (corresponde a um montante pecuniário). Porque assim é, só poderá haver restituição através da fórmula “*valor correspondente*”. Atender-se-á a um *conceito subjetivo* de valor, tendo que deverá tomar-se em consideração as relações concretas do adquirente / enriquecido. Ora, porque assim é, o *enriquecido* deveria restituir “tudo aquilo que obteve à custa de outrem”, sendo o seu *valor correspondente*, o *preço da alienação* (art. 479º/1), vd, com posição contrária, LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Enriquecimento...cit*, pp. 884-888. Até porque, como é referido, o *preço da alienação* poderá até corresponder ao *preço de mercado* do bem, porque corresponde ao único valor de referência, sendo assim a ação de enriquecimento dirigida, no final de contas, ao *produto da venda*, vd, *id*, pp. 755-756.

Mesmo no caso de a restituição ser *agravada*, por exemplo, pela má-fé do *enriquecido* (art. 480º/b), à obrigação de indemnizar a que ele esteja onerado, cumular-se-á com a já anterior obrigação de restituir o *preço da alienação*. Parece ser esta a posição do BGB e do BGH, vd, com posição contrária, *id*, pp. 906-907.

É certo que esta conceção resulta numa posição mais gravosa para o *enriquecido/interventor*. Mas parece ser a que melhor se adequa tanto à letra, como ao espírito, do art. 479º e 480º.

Destarte, o *commodum ex negotiatione* estaria consagrado, quer para as hipóteses de violação do *direito de crédito*, na qual o seu campo de aplicação seria o art. 803º/1; quer para a hipótese de *alienação eficaz de direitos alheios*, sendo o objeto da obrigação de restituir (art. 479º/1), o *preço da alienação*.

¹⁹⁸ Cf. PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...cit*, p. 246.

compensatória, na sua vertente negativa, cuja ideia está inculcada com a proibição concomitante do enriquecimento do lesado, então a resposta só poderá ser afirmativa¹⁹⁹.

Em oposição, o instituto do *commodum* não contende, como já tivemos oportunidade de referi-lo, com qualquer indemnização que o credor tenha direito, pela *impossibilidade de prestação*: aliás, entender que a *compensatio* corresponderia ao fundamento do *commodum*, seria desvirtuar o seu pressuposto ontológico de atuação, com base numa ideia de *evento que obriga à reparação e da qual surge uma vantagem*, que não corresponde notoriamente ao caso do art. 794º, onde não existe sequer *culpa* do lesante²⁰⁰

²⁰¹

Percebemos então que o *commodum subrogationis* consagra uma tutela única ao credor no nosso ordenamento jurídico. Está dependente de uma *sub-rogação real* entre o objeto da prestação que fora acordado e um novo objeto que substitua sucedaneamente, e com congruência causal e económica, a prestação devida. Neste contexto, o legislador foi omissivo quanto à limitação do exercício do *commodum*: nos artigos explanados não encontramos nenhuma elucidação quanto a essa imposição. Excetuar-se-á, contudo, o art. 803º/2 que, como vimos, sanciona a cumulação de dois direitos que surgem com a impossibilidade imputável ao devedor.

Nesta conjectura, e dada esta omissão, caberá ao intérprete o juízo sobre a procedência dessa limitação, acompanhada pela *ratio* que entretece este instituto. No caso do *commodum ex re*, onde terá correspondência, normalmente, no campo de aplicação do art. 794º, parece que o sentido direcionar-se-á pela limitação deste, ao valor da prestação: se A vendera a B um imóvel rústico por 100 mil, na qual a propriedade ainda não se transmitira, e no caso de interesse público, o imóvel seja expropriado por um valor de 1 milhão, não nos parece que B tenha direito à exigência dessa totalidade do *commodum* (mesmo que haja

¹⁹⁹ PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...cit*, I, pp. 611-612. Note-se, contudo, que a *compensatio* não se confunde com o instituto do enriquecimento sem causa, *vd, id*, p. 624, n. 2054.

²⁰⁰ Subscrevendo a mesma posição, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...cit*, p. 247 e PROENÇA, JOSE BRANDÃO, *Lições...cit*, pp. 234-235.

²⁰¹ Não constituirá um redimensionamento dogmático da *compensatio* se ela, ainda que indiretamente e através do *commodum*, estiver prevista, como refere MOTA PINTO, no art. 803º/2, *vd, Interesse...cit*, I, p. 614. Neste caso, estão em causa dois montantes que o credor lesado optou por exigir. O que acontece é que o ordenamento jurídico sanciona essa cumulação, exigindo que, ao valor da indemnização, seja *abatido* o valor do *commodum*, ou seja, seja *descontado* a vantagem que o credor obteve a título do *commodum*, direcionando-se, portanto, para uma ideia de *compensação de benefícios*. Em todo o caso, não quer dizer que esse instituto consubstancie o *fundamento último* do *commodum*, sob pena de *redefinição dogmática* daquele, quando não esteja em causa um dever de indemnizar (art. 794º), *vd, PIRES, CATARINA MONTEIRO, Impossibilidade...cit*, p. 247.

congruência causal e económica entre os objetos), materializado na quantia pecuniária da expropriação. Da mesma forma, se o valor da expropriação fosse menor que a prestação acordada, B teria direito a exigir esse crédito, reduzindo a sua contraprestação. Este parece ser o resultado mais justo e equitativo à luz duma teleologia concretizadora do art. 794²⁰².

Diversamente, cremos que uma diferente resposta terá de ser dada no caso do *commodum ex negotiatione*, em que o credor exige o *preço da negociação*. É que, ao contrário do que se afirma, não existe um *nexo funcional*²⁰³, que permita uma resposta unívoca, congregadora de uma unicidade quanto ao limite do valor que possa ser exigido pelo *accipiens*. Neste caso, é o próprio devedor que, por ato culposo, vem causar a impossibilidade da prestação. Sendo a produção desse resultado devida ao devedor, ele propositadamente criará as condições para uma possível *sub-rogação*, medindo (possivelmente até numa lógica efficientista) as consequências desse incumprimento. Caso contrário, não tomaria essa decisão. Deste modo, o *solvens* conhece o valor do *sub-rogado*, e intenciona atingi-lo, a troco de um melhor negócio. E é precisamente nesta confluência que o *commodum ex negotiatione*, em homenagem ao cumprimento pontual dos contratos, detém o seu espaço de atuação, atribuindo ao credor o valor dessa negociação *indevida*, mesmo que esse valor ultrapasse a prestação acordada, porque foi algo querido dolosamente pelo *solvens*, que sabia do potencial valor desse sucedâneo²⁰⁴.

Propenderíamos assim que o *accipiens* fosse titular desta prerrogativa, conferida e aparentemente não negada pelo ordenamento jurídico. Desde logo, recorrendo à “canonização metódica” dos *elementos interpretativos*²⁰⁵, com as coordenadas outorgadas pelo art. 9º, há um argumento *histórico, sistemático, e teleológico* que importa atender.

²⁰² Rubricando a mesma posição, atendendo à ideia do valor da prestação acordada, *vd*, PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...*cit, p. 249 e PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO, *Lições...*cit, p. 235.

²⁰³ PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...*cit, pp. 249-250.

²⁰⁴ Explicitamente contra, *vd, id*, pp. 249-250; PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO, *Lições...*cit, p. 235 e 393: na ótica do autor, a limitação ao valor da prestação estaria em consonância com a ausência de qualquer função sancionatória/punitiva do instituto, pois não existe “culpa lucrativa” que deva ter um tratamento similar ao “lucro de intervenção”, no enriquecimento sem causa, sob pena de penalização do devedor pela sua “habilidade negocial”. Na anotação que fazem ao art. 803º, embora reconheçam que esta é a posição que “melhor se adapta ao texto do art. 794º, sendo igualmente a posição dominante na Alemanha, a limitação ao valor do dano do credor adaptar-se-ia melhor ao *espírito* da lei, *vd*, LIMA, FERNANDO PIRES, VARELA, JOÃO ANTUNES, *Código...*cit, II, pp. 60-61 (embora, note-se, no manual de obrigações do Professor Varela, o credor pode exigir um valor superior, sendo a opção natural deste quando esse valor suplante o valor do dano, *vd, Direito...*cit, p. 113. Referindo-se à questão, sem tomar partido, *vd*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...*cit, I, pp. 330-331, n. 1147. Cf. ainda, a posição algo contraditória de PRATA, ANA, *Código...*cit, p. 992, pontos 1 e 4.

²⁰⁵ NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *Curso de introdução ao estudo do direito*, Interpretação jurídica, Coimbra, 1976, p. 59.

Em primeiro lugar, VAZ SERRA, no seu anteprojeto, afirmava que o *credor* deveria ter o direito à totalidade do valor do *commodum* (mesmo na hipótese de este ser superior o valor do objeto prestacional), justificando-se com a ideia de que o devedor não deveria tirar vantagem da sua exoneração²⁰⁶. Naturalmente, se se aceitar que o maior valor do *commodum ex negotiatione* possa ser exigido (art. 803º/1), o *accipiens* preferirá abdicar do crédito indemnizatório a que tenha direito, prescindindo da tutela da responsabilidade civil, e reclamar tão-só o *commodum*²⁰⁷. Não parece que o nosso ordenamento refute o exposto; o que se sancionará é a eventual cumulação do direito indemnizatório e o direito ao *commodum* (art. 803º/2).

Em segundo, noutros lugares paralelos, pode o titular do direito exigir o *preço da alienação*: veja-se o art. 119º (regresso do ausente)²⁰⁸; o art. 472º em consonância com o art. 465º/e (gestão de negócios imprópria)²⁰⁹; o art. 479º (o objeto da obrigação de restituir)²¹⁰; o art. 1270º/3 (frutos na posse de boa-fé), art 1271º (frutos na posse de má-fé) e art. 1448º (alienação dos frutos antes da colheita)²¹¹.

²⁰⁶ Subscrevia, assim, na totalidade esta doutrina, com base na ideia de evitar a exoneração do devedor com o benefício desse maior valor. Não podemos deixar de notar uma especial limitação: esse maior valor deveria, pela sua razão de ser, competir à pessoa com direito à prestação. Não bastava que ao credor lhe fosse conferida a tutela do *commodum (ex negotiatione)*; esse maior valor, deveria pertencer-lhe, em razão do comumente requisito de congruência causal e económica, ao encontro dessa “razão de ser”, que VAZ SERRA aludia, *vd, Impossibilidade não imputável...cit*, p. 60, n. 111.

²⁰⁷ SERRA, ADRIANO VAZ, *Impossibilidade imputável...cit*, p. 20.

²⁰⁸ Se, na hipótese de o ausente regressar, o nº1 refere expressamente que ser-lhe-á devolvido o seu património, com o “preço dos bens alienados” ou “diretamente sub-rogados”. Cf. LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Enriquecimento...cit*, p. 754, n. 2021.

²⁰⁹ A *negotiorum gestio* pressupõe que o gestor atue num negócio que lhe é alheio, no interesse e por conta do *dominus negotii*, ou seja, numa posição altruísta, que a sua atuação se dirija à consecução de benefícios alheios. Aquele que age em exclusivo interesse, por pressupor, por exemplo, que o negócio lhe pertence, a lei confere determinada tutela: trata-se da gestão de negócio alheio julgado próprio (art. 472º). Ora, nessa pressuposição, pode ou não o dono do negócio aprovar essa gestão: caso aprove, as regras do regime aplicar-se-ão; caso não, serão aplicadas as regras do enriquecimento sem causa e, se houver culpa, as da responsabilidade civil (nº2). Outra situação qualificativamente diferente é aquela em que o gestor age conscientemente, de má-fé, gerindo um negócio alheio, com um interesse próprio de retirar os benefícios para si dessa *intervenção*. Trata-se daquilo que a Doutrina denomina por gestão de negócios imprópria. Quando assim é, serão as regras da responsabilidade civil (ou mesmo criminal) que tutelarão o lesado. Não obstante, existirão obrigações próprias do gestor que terão aplicação ao caso (art. 465º). Falamos da restituição de *tudo quanto tenha obtido* no exercício da gestão (alínea e): englobará o *produto* de todas as prestações devidas ao dono do negócio, mas também – sublinhe-se -, os *lucros* do gestor, quer o *lucrum ex re*, quer o *lucrum ex negotiatione*, *vd*, por todos, VARELA, JOÃO ANTUNES, *Direito...cit*, pp. 453-454 (n. 3) e 464. No mesmo sentido, cf. LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Enriquecimento...cit*, pp. 679-683 e 755. Há posição contrária, *vd*, COELHO, FRANCISCO PEREIRA, *Enriquecimento...cit*, pp. 85 e ss.

²¹⁰ *Vd, supra*, n. 196 e 197.

²¹¹ Nestas três hipóteses parece estar consagrado o *commodum ex negotiatione*: no primeiro caso, de posse de boa-fé (art. 1260º), deve o possuidor entregar ao titular do direito o *produto da alienação* dos frutos (nº3). Embora o texto refira “produto da colheita”, deve ser entendido como o *produto da alienação* desta, sendo que

Noutros ramos do Direito, veja-se os artigos 110º/1/b/2/3 (perda de produtos e vantagens) e 130º (indenização do lesado)²¹² do CP, o art. 211º/2/3 do CDADC (indenização)²¹³, o art. 347º/2/3 (indenização por perdas e danos)²¹⁴ do CPI, o art. 253º do CCom (proibição de concorrência do gerente)²¹⁵ e o art. 180º/2 (proibição de concorrência e participação noutras sociedades)²¹⁶ do CSC. O conjunto deste articulado reúne aqui um determinado fim: *a remoção de um lucro auferido pela prática de um ilícito culposo*²¹⁷.

corresponde ao que melhor se harmoniza com o texto do art. 1448º, *i.e.*, na hipótese do usufrutuário tb. alienar os frutos antes da colheita e o usufruto se extinguir antes. Quanto ao art. 1271º, resulta por extensão analógica do art. 1270º, que o possuidor de má-fé deve, além de responder pelo valor dos *frutos percipiendos* que o proprietário poderia ter obtido, restituir ainda os frutos que a coisa produziu. Se os tiver alienado, inobstante ser omissos no texto, deve restituir o *preço da alienação*. Aliás, tais considerações já eram expandidas pelos autores, LIMA, FERNANDO PIRES, VARELA, JOÃO ANTUNES, *Código civil anotado*, v. III, 2ª edição, Coimbra Editora, pp. 36-40 e 479-480. De modo diverso, *vd.*, LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Enriquecimento...cit*, pp. 752-753.

²¹² Fala-se aqui na perda de *vantagens* (económicas), resultantes do facto ilícito típico, e que serão declarados perdidos a favor do Estado. A indenização devida ao lesado poderá atribuir-lhe essas *vantagens* (art. 130º/2). Cf. VASCONCELOS, PEDRO PAIS, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO, *Teoria geral...cit*, p. 21, ligando os artigos ao *disgorgement*.

²¹³ Quanto às violações do direito de autor e direitos conexos, nos sistemas da *Common Law*, estes admitem a condenação do infrator a entregar à vítima os lucros auferidos através da violação de direitos de propriedade intelectual alheios – *disgorgement of profits*. Essa possibilidade, através da Lei 16/2008, veio conformar a tutela jurídica portuguesa, no art. 211º, invocando-se, no arbitramento da indenização, que o tribunal deve atender ao lucro obtido pelo infrator. Tal ainda resulta do art. L-331-1-3 e §97 do ordenamento jurídico francês e alemão respetivamente, *vd.*, VICENTE, DÁRIO MOURA, *A tutela internacional da propriedade intelectual*, Almedina, 2008, pp. 54-55, n. 124 e 127. Já antes, Carneiro da Frada entendia que, caso o arbitramento da indenização se filie sempre no valor usual de uma licença, reconduzindo-se à entrega ao titular do direito dos proveitos obtidos pelo infrator, haverá então uma *interferência* do instituto do enriquecimento sem causa. Tratar-se-á de remover um lucro ilícito e não de arbitrar uma indenização por um dano sofrido por outrem, *vd.*, *Direito Civil...cit*, pp. 95-96.

²¹⁴ Com redação semelhante ao artigo pretérito, o tribunal deve atender ao lucro obtido pelo infrator, afirmando-se expressamente que, para esse cálculo, deverá atender-se à importância da receita resultante da conduta ilícita do infrator (nº3). Há quem ateste, no caso *sub judice*, que já não estaremos perante medidas de ressarcimento de um dano, ainda que para o efeito seja invocado o instituto da responsabilidade civil. Poderá estar em causa a restituição do enriquecimento sem causa (que, desde logo, como vimos, no art. 479º, abrangerá os lucros do *interventor*), ou mesmo de punição do infrator de direitos intelectuais alheios, a quem será imposto o pagamento dum indenização superior ao dano por si causado, *vd.*, VICENTE, DÁRIO MOURA, *Direito comparado*, v. 2, Almedina, 2017, pp. 578-579. Igualmente, na Alemanha, em sede de lesão dos direitos de propriedade industrial, o dano poderá fixar-se no lucro que o agente obteve com a prática do ilícito. Em rigor, tratar-se-á, por isso, de que ninguém poderá, através da sua conduta ilícita, adquirir uma vantagem que não poderia obter caso se comportasse licitamente, *vd.*, GOMES, JÚLIO, *O conceito...cit*, pp. 788.

²¹⁵ O gerente (art. 248º), tem um dever de omissão de não negociar por conta própria. Caso o faça, ficará obrigado a indemnizar de perdas e danos o proponente, podendo este reclamar, para si, a respetiva operação.

²¹⁶ Nas sociedades em nome coletivo, incumbe aos sócios um dever de omissão, de não exercer atividade concorrente com a da sociedade. Caso o façam, serão responsáveis pelos danos causados; e, em vez dessa indenização, a sociedade poderá exigir ao sócio infrator que lhe entregue os proventos próprios resultantes dos negócios efetuados por ele ou lhe ceda os seus direitos a tais proventos.

²¹⁷ Cf., por todos, OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Princípios...cit*, p. 761 e ss. O civilista enfatiza esta teleologia, à qual subscrevemos na totalidade, aproximando-nos, por isso, do instrumento do *disgorgement*, que já estudámos aqui. Contudo, o jurista chega a um “veredito” com o qual não podemos concordar, que corresponde à assimilação do *commodum* pelo instituto do enriquecimento sem causa, na categoria de enriquecimento por

Essa teleologia poderá ser efetivamente imanada do *commodum ex negotiatione* (art. 803º/1), sem que, como vimos, a nossa ordem jurídica repudie tal resultado: o texto da lei aponta claramente nesse sentido, em conjugação com o art. 794º. Nem se argumente que se poderá abonar qualquer característica sancionatória, advinda do instituto da responsabilidade civil que venha promulgar, através e além do dano sofrido, a reprovação da concretização de um lucro ilícito, ou seja, em virtude duma *remoção* desse benefício: o *commodum ex negotiatione* adquire foros de autonomia que não contendem, como já intuímos, com a *absorção* pelo instrumento jurídico-privado do enriquecimento sem causa, nem com um *aprisionamento* pelo instituto da responsabilidade civil²¹⁸. Recusamos, por

intervenção, mas chamando à colação não a teoria da *Zuweisungsgehalt* que – tal como nós –, reconhece a “imprestabilidade” dela para a resolução da violação de direitos relativos, da qual resultem lucros ilícitos, mas sim, pela “revigoração” da *teoria da ilicitude*.

A doutrina da ilicitude de Schulz diz-nos que o fundamento do enriquecimento reside na ilicitude da intervenção (e não no conteúdo que estava *reservado* ao titular do direito violado), ou seja, numa aquisição contrária ao Direito. Trata-se duma configuração do enriquecimento, à luz duma pretensão de compensação, independente de culpa, e vista como complemento da responsabilidade civil, *vd*, LEITÃO, LUÍS MENEZES...*cit*, pp. 767-768. Apartando-nos das particulares críticas aduzidas à teoria (exemplificativamente, aquela em que via esta teoria como “*capturando*” os pressupostos destinados a outro instituto, *i.e.*, adquirindo uma valência que é contida ao espaço reservado da responsabilidade, e consequentemente, transformando o enriquecimento numa “configuração quase delitual”, *vd*, *id*, p. 786), o autor entende que poder-se-á reabilitar a doutrina da ilicitude, corrigindo a doutrina da *Zuweisungsgehalt*. Sendo um *enriquecimento ilícito*, um verdadeiro *enriquecimento sem causa*, e desde que esteja preenchido o requisito da *ilicitude da intervenção*, o enriquecido deverá ficar constituído no dever de restituir esse *lucro de intervenção*. Porque assim é, poder-se-á introduzir agora a violação ilícita dum direito de crédito, como configurando uma hipótese de enriquecimento sem causa, *vd*, OLIVEIRA, NUNO MANUEL, *Princípios...**cit*, pp. 775 e ss. O autor estriba-se ainda nas palavras de Carneiro da Frada, que refere, quanto à violação e conseqüente aproveitamento económico dos direitos de personalidade, que a restituição do lucro, neste caso, poder-se-ia basear na ideia de que a ninguém deve ser permitido guardar para si o *proveito de um facto ilícito* que tenha praticado, o que, nessa assunção, nos proporia perante as funções preventivas e punitivas do próprio enriquecimento sem causa, *vd*, *Direito Civil...**cit*, pp. 67-68.

Não cremos que a fundamentação dos arts. 794º e 803º constituam um afloramento dum princípio geral de restituição do lucro ilícito contratual (juntamente com os arts. 253º do CCom e 180º CSC), filiado nos trâmites do instituto do enriquecimento sem causa, naquela aceção duma sanção pela intervenção ilícita num “direito de crédito”, e na qual tudo se possa concretizar através duma *analogia iuris*, *vd*, OLIVEIRA, NUNO MANUEL, *Princípios...**cit*, p. 782. Isto é, o fundamento do *commodum* não pode ser esse porque esse *telos* quadrar-se-ia mal com a atribuição patrimonial que o ordenamento jurídico confere quando estamos perante uma impossibilidade não imputável, ou seja, quando há uma ausência de culpa por parte do *solvens* que, respeitados determinados pressupostos que temos vindo a explanar, terá de entregar o *commodum*. Por outras palavras, aceitaríamos a tese de Nuno Oliveira se o *commodum* não fosse um instituto bipartido entre o *commodum ex re* e o *commodum ex negotiatione*: o fundamento inventariado não explicaria a atribuição do *commodum ex re*. Já quanto ao *commodum ex negotiatione* pode efetivamente filiar-se nessa ideia de remoção de um lucro ilícito contratual, aproximando-se por isso do estudo que fizemos sobre o *disgorgement* na *Common Law*. Mas tal não significa que haja uma “*cativação*” totalizante desse fundamento.

Além disso, reconhecer o enriquecimento sem causa como a “sede dogmática de resolução” deste problema (*vd*, n. 111), implicará a desconsideração do próprio instrumento do *commodum*, que poderá consubstanciar, em certas circunstâncias, *outro meio de ser restituído* (art. 474º).

²¹⁸ A questão da *remoção de lucros ilícitos contratuais* amparada pela responsabilidade civil foi tratada por Júlio Gomes (ainda que com uma opinião desfavorável). Isto é, se há quem aceite impreterivelmente o adágio de que “ninguém deve lucrar com o seu próprio ilícito”, quando perspetivado para uma extensão analógica, da

isso, qualquer função punitiva do *commodum ex negotiatione*, porque tratar-se-á sempre de um valor objetivo – o lucro específico daquele devedor inadimplente -, e, portanto, sempre coligado ao arbitramento numa *remoção* direta em relação com aqueles ganhos obtidos²¹⁹.

Assim, em suma, podemos afirmar que, no âmbito do enquadramento dos efeitos das “*perturbações da prestação*”, tudo aponta para que o *commodum subrogationis* consagre uma instituição autónoma, bipolarizada por dois subtipos: o *commodum ex re* e o *commodum ex negotiatione*. Não consumará, por isso, uma absorção por institutos afins²²⁰. Isto é, os arts. 794º e 803º fundam a própria sede legislativa autónoma desta figura e justificam a sua autonomia²²¹.

responsabilidade aquiliana para a obrigacional, a controvérsia acende-se. Júlio Gomes entende que existem boas razões para não transpor uma eventual obrigação de restituir o lucro resultante da prática de facto ilícito, mesmo acolhendo-se a tese de que tal é possível para a responsabilidade aquiliana. O autor apoia-se numa ideia geral de que, em virtude do espaço congregador do contrato, *i.e.*, onde coexiste liberdade contratual das partes, em que cada uma pode precaver-se perante iminências de comportamentos oportunistas da contraparte, tal constituiria um verdadeiro sinal para não se consagrar essa extensão. Por outras palavras, dado que as partes têm o ónus de se protegerem através do clausulado contratual, aponto inclusive cláusulas penais, tal desmistificaria a ideia de *remoções de lucros ilícitos contratuais*, *vd.*, *O conceito...*cit, pp. 759-770.

Ora, repare-se que, no direito europeu continental, existe a convicção, como o próprio autor refere, de que o problema da remoção de lucros ilícitos se reconduzirá ora ao instituto da responsabilidade civil, ora ao instituto do enriquecimento sem causa (quando não, acrescentamos nós, à gestão de negócios imprópria). Esse dogma, há muito estudado pelos autores (do ponto de vista da violação de direitos absolutos), entende que esta questão da *remoção de lucros ilícitos* é verdadeira figura “sem terra”, ou melhor dizendo, figura de “limbo”, sendo, portanto, a sua compreensão fortemente entendida pela dependência que cada jurista tem sobre as pré-concepções de cada instituto, *vd.*, *id.*, pp. 790-792. Mesmo no ordenamento jurídico inglês e americano, com o *disgorgement*, a confusão é tb. a mesma e, prova disso, como vimos, são as diferentes reconduções que se fazem, ora ao enriquecimento injusto (ordenamento jurídico americano), ora à responsabilidade civil contratual como instrumento de *ultima ratio* (ordenamento jurídico inglês).

Entendemos então que a referência à remoção do *lucro ilícito* não pode partir desse dogma, quando estejamos a perspetivar o problema do ponto de vista contratual. Queremos dizer que o *commodum ex negotiatione* constitui tb. um *mecanismo de fronteira* com esses dois institutos. O civilista não chega a problematizar esta questão deste *benefício da negociação*, que, na nossa ótica, ainda que não coligada ao instituto da responsabilidade obrigacional, consistirá, mediante o preenchimento de determinados pressupostos, numa verdadeira válvula de concretização de que *ninguém deve lucrar com o seu próprio ilícito*.

²¹⁹ Repetimos aqui as palavras de Carneiro da Frada: “(...) a restituição do ganho não é meramente punitiva enquanto se não tratar de punir o agente sem relação com os ganhos por ele obtidos”, *vd.*, *Direito Civil...*cit, p. 72.

²²⁰ Cf. PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...*cit, p. 250.

²²¹ *Id.*, p. 250.

IV. *DISGORGEMENT E COMMODUM EX NEGOTIATIONE*

Em ordem à conclusão do nosso estudo, importa, ainda que brevemente, perceber se os institutos em causa são realmente equivalentes, consagrando o mesmo espaço de atuação, ou se, apesar das suas afinidades morfológicas, atendendo a um determinado móbil lucrativo, os institutos distanciam-se na sua inserção sistemática nos ordenamentos jurídicos visados.

Importa compreender, como já vimos, que tanto na *Common Law*, como na *Civil Law*, a tutela axiomática, primordial, no caso de incumprimento contratual, é a compensação do lesado: atender-se-á aos danos sofridos por este, ao seu interesse (*id quod interest*) na expectativa de cumprimento do contrato, colocando-o na posição em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido. Mas existirá realmente este “*monopólio da compensação*”²²²?

A consagração do *disgorgement* na *Common Law* veio, de certa forma, *abalar* um dogma: o princípio compensatório do lesado. Isto é, ao atender ao lucro do lesante, implica uma reformulação que é estranha ao corpo da responsabilidade civil contratual. A consagração deste instrumento jurídico-privado poderá ser motivada por duas ordens de razões: 1) o reconhecimento de que o princípio compensatório é incapaz de deter comportamentos oportunistas cometidos com o único propósito de gerar ganhos²²³; 2) a reconhecida falha do princípio compensatório para proteger suficientemente a expectativa do lesado^{224 225}.

Já na ordem jurídica portuguesa, o incumprimento é francamente diverso: primeiro, porque não está dependente de uma categoria geral de “*breach of contract*” (mas sim, da “*doutrina da impossibilidade*”); segundo, não distingue *intencionalidades* ou *tipos de culpa*

²²² Vd, SIEMS, MATHIAS, *Disgorgement of profits for breach of contract: a comparative analysis*, ELR, v. 27, 2003, p. 27.

²²³ Relembre-se que a secção 39 do R3RUE, ainda que inserida sistematicamente no âmbito do *unjust enrichment*, visa atender precisamente a esta teleologia.

²²⁴ Vd, RUSCH, KONRAD, *Restitutionary damages for breach of contract: a comparative analysis of English and German law*, SALJ, v. 118, 2001, p. 62.

²²⁵ Pense-se neste exemplo: A vende a B 100 prateleiras pelo preço de 20; depois descobre que há um comprador melhor, que lhe oferece 25; B recorre a outro vendedor que lhe vende por 19 (supondo igualmente que esse era o *preço de mercado*). Apesar de não haver um *dano patrimonial* do comprador, A realiza um lucro contratual que é ilícito, proveniente do incumprimento e, com um intuito oportunista: obter um benefício maior.

(art. 799º), de forma a incluir *comportamentos oportunistas*²²⁶ e em terceiro lugar, no art. 562º, como enunciação do “princípio geral do princípio da compensação” conjuntamente com um aperfeiçoamento mais técnico do art. 566º/2²²⁷, *i.e.*, a consagração da *fórmula da diferença*, que autoriza um cálculo do dano *em concreto* pela diferença da situação real atual e a situação hipotética atual que o – sublinhe-se - *lesado* se encontraria sem o evento lesivo (abstraindo-nos da tutela da indemnização específica – art. 566º/1). Ora, em nenhum momento, no texto da Lei, se atende à situação em que o *lesante* estaria sem o evento lesivo, ou seja, que no cálculo indemnizatório, o tribunal recorra ao lucro deste para medir o dano do lesado. Portanto, neste âmbito, procurando, numa analógica sistematização, a semelhança entre o instituto da responsabilidade civil contratual e o *disgorgement*, perceberemos rapidamente que esse exercício será uma tentativa vã e infrutífera²²⁸.

Contudo, imbuídos neste exercício jus-comparatístico, temos vindo a salientar a possível partilha de escopo ontológico entre o *disgorgement* e o *commodum ex negotiatione*, subtipo direto do *commodum de representação* (art. 803º/1 CC e, veja-se, o §285 BGB): intiligimos aqui, ainda que distanciados pela diferente inserção sistemática, ainda que movidos por pressupostos díspares, um mesmo propósito. E, nesta senda, variadíssimos autores têm chamado à atenção para essa similaridade, tendo sempre presente, não obstante, as suas dissemelhanças²²⁹.

²²⁶ Terá de excepcionar-se regimes de contratos especiais. Manifestamente, o legislador discerniu, por exemplo, a obrigação de indemnizar em caso de haver ou não dolo (art. 898º, 899º, na venda de bens alheios; art. 908º, na venda de bens onerados), entre outras particularidades atinentes a regimes especiais.

²²⁷ *Vd.*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...cit*, I, pp. 704-705.

²²⁸ No seio da civilística francesa, no âmbito da reforma das obrigações, tem-se projetado o conceito de *faute lucrative*. Geneviève Viney define-a como “uma *faute* onde as consequências lucrativas do seu autor não serão neutralizadas por uma simples reparação dos danos causados”, portanto, correspondendo a uma resposta do ordenamento pelas insuficiências do *direito da reparação*. Os projetos de reforma reconhecem a existência desta *faute*: o projeto *Catala*, no art. 1371º, expõe que: “o autor duma *faute lucrative* manifestamente deliberada, e notavelmente uma *faute* em vista dum ganho, pode ser condenado...”; o projeto *Terré*, no art. 54, e o projeto *Anziani-Béteille*, no mesmo sentido, sancionam qualquer lucro retirado duma *inexécution*. Contudo, as propostas destes projetos não passaram para o novo regime do código *napoleónico*, *vd.*, *in totum*, VINGIANO-VIRICEL, IOLANDE, *La faute lucrative: une notion en construction en droit français*, RTDCom., Nº1, 2017, pp. 19-30. Dando igualmente conta dessa pretensão, aliada à *prevenção* de condutas lesivas lucrativas, “que não parece ter sido autorizada pela nossa lei”, *vd.*, PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...cit*, I, p. 710.

²²⁹ Num caso de *dupla venda*, FRIEDMANN ressalta que o preço pode efetivamente ser reconhecido como um *produto* ou *substituto* que o credor lesado pode pedir em *restituição*. O autor alude ao antigo §281 BGB (agora, §285), na qual refere que se o devedor vender o objeto a terceiro (sem a transferência da propriedade), o credor pode exigir a *restituição* do preço que o devedor recebeu, como um *substituto* do objeto em si mesmo, ou seja, a título do *commodum ex negotiatione*. Ademais, o devedor não estaria limitado pelos danos do credor, *vd.*, *Restitution of benefits...cit*, pp. 517-518. No mesmo contexto, reportando as possíveis comparações entre os impropriamente chamados *restitutionary damages* e o direito tudesco, RUSCH refere que o §281 BGB poderá consignar uma *ratio* preventiva, face aos comportamentos dolosos do devedor em expropriar os direitos do

credor, de forma a lograr o maior ganho possível. Tendo isso presente, o §281 BGB dá efeito “à racionalidade do *disgorgement* de que “*breach must not pay*” (ainda que no §281 BGB, tal como o 794º, não se aprecie da *intencionalidade* do incumprimento de forma a gerar ganhos). Além disso, o autor reconhece a procedência do *commodum ex negotiatione* no direito alemão, afirmando expressamente que o credor pode remover (*disgorge*) ainda mais do que o valor da prestação e irrespetivamente de qualquer perda, *vd, Restitutionary damages...cit*, pp. 71-73, 84-85. Atestando o §285, através do *commodum ex negotiatione*, como um “importante e especial método de *disgorgement*”, *vd, SIEMS, MATHIAS, Disgorgement of profits...cit*, pp. 36-37. No mesmo sentido, mas agora afirmando que o §285 BGB pode até consumir uma tutela inibitória à teoria do *efficient breach*, através da caracterização do *commodum* como um meio de *disgorgement*, SCALISE, ROLAND J, *Why no efficient...cit*, pp. 734-737.

Como sabemos, a comparação entre o *commodum ex negotiatione* e o *disgorgement* não se esgota no seio da responsabilidade civil. Vimos que o *disgorgement* tb. poderá ser *absorvido* pelo instituto do *enriquecimento injusto*, ainda que coligado ao incumprimento contratual (secção 39 do R3RUE). Nesse entendimento, GIGLIO reitera que o *commodum ex negotiatione* descreve, replicando o seu *modus operandi*, uma situação de *restitution for wrongs*: o §285 BGB, a partir do “*caso Carolina*”, tem servido como uma plataforma sólida de ações restitutórias e, portanto, ligadas ao *enriquecimento injusto*, *vd, The foundations of restitution for wrongs*, Hart Publishing, 2007, pp. 95-97 e 123.

No direito espanhol, com base no art. 1186º CC, poderá o credor exigir tanto o *commodum ex re* (art. 1777º) e o *commodum ex negotiatione* (art. 1778º), em analogia *legis* com o regime do depósito, *vd, PANTALEÓN, FERNANDO, Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, ADC, 1993, t. XLVI, fasc. IV, pp. 1736-1737. Recusando a extensão ao *commodum ex negotiatione* no art. 1186º, porquanto uma *segunda alienação* do devedor não entra no núcleo de proteção da norma, que tão-só inclui casos de “destruição” da coisa, *vd, DÍEZ-PICAZO, LUÍS, Commodum ex negotiatione*, ADC, t. LX, fasc. IV, 2007, pp. 1608. No entanto, o autor não deixa de aludir à *condictio* da intromissão e ao *accounting of profits*, como formas de ablação do lucro conseguido através do incumprimento, *vd, id*, pp. 1609-1612. Recentemente, na proposta de modernização do direito das obrigações espanhol, o art. 1196º introduz expressamente o *commodum* de representação, com um texto diferente: contornando o artigo pretérito, este fala agora de *impossibilidade*, onde antes se preceituava: “extinta a obrigação por perda a coisa”. Ora, há autores que não hesitam em ver nessa reforma a integração do *commodum ex negotiatione*, no âmbito do direito obrigacional espanhol, como já antes previra PANTALEÓN, ainda que com uma interpretação extensiva *vd, PICÓN, NIEVES, La modernización del régimen del incumplimiento del contrato*, ADC, t. LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1553-1556.

No direito italiano, *vd, CAGGIANO, ILLARIA, Disgorgement, compensation and restitution*, GJ, v. 16, 2016, onde a autora redige um paralelismo entre o *disgorgement* e o ordenamento jurídico italiano, do ponto de vista da compensação e da restituição no enriquecimento sem causa.

No direito português, vejam-se as considerações tecidas por PINTO, PAULO MOTA, *Interesse...cit*, I, pp. 330-333, n. 1145-1147 e 1156: o insigne civilista expressa positivamente a possível analogia entre o *disgorgement* e o *commodum* de representação. Tanto mais que, para a sua posição, de *iure condendo*, o Professor entende que não se deverá negar a necessidade destes mecanismos diversos, eventualmente paralelos da indemnização e do direito privado e exemplo disso é precisamente o *disgorgement* dos lucros: “a experiência reclama a introdução de mecanismos com suficiente eficácia *preventiva* para dissuadir a prática de certos ilícitos civis (...) como certas violações de direitos absolutos como direitos de personalidade, ou mesmo *violações contratuais*” (itálico nosso). Assim, na ótica do Professor, será recomendável, tendo em conta as condutas *que são lucrativas*, ou que “compensam”, “(...) o reforço dos mecanismos de remoção dos lucros (de *disgorgement*) obtidos pelo lesante em resultado do evento lesivo (designadamente, de ato ilícito), para além do que já hoje é possível, e se pratica, com recurso a outros institutos, tais como o enriquecimento sem causa ou a gestão de negócios”, *vd, id*, pp. 710-711.

Cf. tb. OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Princípios...cit*, pp. 761 ss; PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO, *Comentário...cit*, p. 1123 e *id, Lições...cit*, p. 234, n. 292.

Uma última nota sobre o DCFR. No livro III, no capítulo que versa sobre as pretensões conferidas ao credor pelo não cumprimento, a secção “*Damages and interest*” (III- 3:701-705), confere-lhe unicamente a possibilidade de exigir uma compensação pelos danos causados (danos emergentes e lucros cessantes), sendo que o comentário adjacente refere *expressis verbis* que as situações relacionadas com o *disgorgement* dos lucros contratuais não foram adotadas, *vd, MCQUEEN, HECTOR, Gain-based damages for breach of contract and the DCFR*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida...*cit*, pp. 447-458. Porém, o autor refere que se atentarmos ao livro VII (*unjustified enrichment*), há um artigo que define vários modos de enriquecimento (VII – 3:101), no qual se lista o enriquecimento através do “*use of another’s assets*”, ou seja, quando o enriquecido infringe “*person’s rights or legally protected interests*”. Deste cenário, o autor

Por um lado, o *disgorgement* traduz-se numa pretensão de *ultima ratio*: só se aplicará quando todas as outras pretensões (*remedies*) forem inadequados à prossecução da tutela do credor lesado. Terá igualmente de obedecer a pressupostos específicos, como temos vindo a enfatizar, demonstrando uma *aliança* com o princípio do *pacta sunt servanda*: tal é especialmente notório se atentarmos à secção 39 do R3RUE, assumindo contornos morais de obediência ao que foi *prometido*. Depois, e já no plano das consequências, o *disgorgement* visa diretamente as condutas particularmente lesivas da contraparte, especialmente atendendo ao circunstancialismo oportunista do incumprimento.

Por outro lado, a tutela do *commodum ex negotiatione* é radicalmente diferente. Está dependente de vários juízos de condicionalidade: em primeiro lugar, dum incumprimento que será normalmente culposo, que cause a impossibilidade definitiva de prestar; segundo, da não transmissibilidade da propriedade, se a prestação em causa for de *dare*; em terceiro, característica incólume, da *sub-rogação* ou *substituição* do objeto da prestação por outro sucedâneo que corresponderá à atuação lesiva do devedor e da qual resultam benefícios; por fim, que haja uma congruência causal e económica referente aos dois objetos.

Apartados latitudinalmente por estes pressupostos, *disgorgement* e *commodum ex negotiatione* também não se assemelham na sua inserção sistemática: enquanto o *disgorgement*, no ordenamento jurídico inglês, se insere dentro duma tutela da responsabilidade civil e, no ordenamento jurídico norte-americano, situa-se na periferia entre a responsabilidade e o instrumento jurídico-privado do *enriquecimento injusto*, o *commodum ex negotiatione* – típico do direito civil europeu continental e desconhecido na *Common Law* – é um instituto próprio e autónomo dos *efeitos da perturbação da prestação*: adquire uma tutela *sui generis*, única e incomparável. Por conseguinte, ambos se distanciam na tutela que visam conferir.

Diante destas diferenças reconhecidas por qualquer jurista, descortina-se, no entanto, a partilha de um mesmo desiderato, de um mesmo *fim*: *a remoção de um lucro ilícito contratual*, dando ambos um especial relevo ao brocardo *commodum ex iniuria sua nemo habere debet*: *ninguém poderá lucrar com o seu próprio ilícito*.

infere que o ganho auferido com o incumprimento poderá encontrar respaldo nestas regras, sendo que o credor terá direito a recuperar o lucro deliberado do devedor, *vd, id*, pp- 454-455.

NOTA CONCLUSIVA

Chegados aqui, estamos em condições de realizar uma sùmula explanatória e crítica do nosso trabalho.

Na nossa primeira parte tratamos do modelo económico da análise do Direito. Tratou-se de um objeto de estudo extremamente relevante, porque nos permitiu colocar, desde logo, na dianteira, dois *modelos* radicalmente opostos: um primeiro, radicado na teoria do *efficient breach*, que eivado de considerações tecnicistas e modelos económicos, supõe a não entrega dos lucros ilícitos. Elegendo o valor da *eficiência* como o paradigma central dos comportamentos dos *operadores* do Direito, inculca-se a ideia – já antiga, com raízes *Holmesianas* – de que o contrato, uma vez violado, (existindo realmente a opção fática, como se duma obrigação alternativa se tratasse, de cumprir/não cumprir), possibilita apenas e tão-só uma tutela ressarcitória. Por oposição, encontramos outro modo de perceber o contrato, não como um *meio* para um determinado *fim*, mas sim, como instituição que parte do pressuposto, razoavelmente inteligível sem mais, de que a *pontualidade* do cumprimento contratual deve ser respeitada. Vimos então que essa é regra na nossa ordem jurídica e que dificilmente se descortinaria outra opção. De permeio, enlevados neste exercício, encontramos um mecanismo que, eventualmente, poder-se-á descrever como uma verdadeira “*antítese*” do modelo propugnado pela análise económica do Direito. Falamos do *disgorgement* dos lucros ilícitos contratuais: de forma a aquilatar comportamentos perniciosamente oportunistas, propôs-se, neste desenlace, atender-se – tendo por critério essas mesmas atitudes – ao lucro que resulta dos ilícitos dolosamente praticados e a consequente entrega deste para o lesado dessa relação contratual. Tal descrição constitui o produto direto da secção 39 do R3RUE.

Já na segunda parte, ensimesmados nesta cadência, aprofundamos o mecanismo do *disgorgement*, quer na ordem jurídica inglesa, quer na ordem jurídica norte-americana. Surpreendentemente, ambas desenvolveram, nos últimos anos, regras jurídicas – ainda que apartadas pelo encaminhamento diferente do *disgorgement*, *i.e.*, uma situando-o no seio das respostas da responsabilidade civil, outra no instituto jurídico-privado do *unjust enrichment* -, que afirmam perentoriamente de que ninguém deve poder lucrar com seu ilícito.

Como deixamos claro, o *disgorgement* sempre deteve um historial considerável nestas ordens jurídicas; a surpresa reside na transposição e derivada consagração deste para

o cerne da instituição contratual. Por outras palavras, as duas ordens jurídicas firmaram uma posição óbvia no caminho do contrato visto como uma *promessa* que deve ser cumprida e que, concomitantemente, não serão toleradas opções ludibrias e logrativas. E, com esta afirmação implícita e subjacente, neste passo inequívoco que estas ordens estão a tentar transmitir, o modelo contratual afasta-se do paradigma propugnado pela análise económica.

O *disgorgement* dos lucros ilícitos contratuais não é *perfeito*, apesar da sua aparente e exterior atratividade moral. Isto é, não estivemos somente alheados com as considerações de um sem fim de autores que vieram criticar positivamente este mecanismo. Registamos ainda, nesta parte, a crítica que WEINRIB dirigiu, amparado pelo ideal aristotélico de *justiça corretiva*. O autor opôs-se ao *disgorgement* com uma *simples* e certa pergunta: porque é que o *lesado* deve constituir-se no *recipiente* dos lucros ilícitos provenientes dos atos do lesante? Embora tenha havido, no mesmo contexto de *justiça corretiva*, algumas respostas a essa questão, não nos parece que elas produzam uma justificação cabal, se sempre formos guiados por esse ideal de justiça. De qualquer forma, a crítica contundente não parece ter demovido as pretensões dos redatores dos *Restatements* em causa, tendo em conta a consagração do *disgorgement* em ambas as ordens jurídicas.

Guiados por esta ideia recorrente da *remoção dos lucros ilícitos contratuais*, partimos para o ordenamento jurídico português. Colocamos, *ab initio*, a hipótese que considerávamos mais próxima desta temática: o *commodum ex negotiatione*, como subtipo do instituto do *commodum* de representação (arts. 794º e 803º CC), situado no cerne do regime do cumprimento e não cumprimento das obrigações.

Nesta terceira parte, o nosso intuito foi – além do possível exercício analógico entre o *disgorgement* e o *commodum ex negotiatione* – trazer à colação um estudo mais aprofundado deste instituto do *commodum* de representação. Encetamos então, ainda que brevemente, o estudo das suas raízes, até à chegada aos nossos dias. Depois, individualmente, fomos problematizando várias hipóteses na qual o *commodum* de representação poderá eventualmente ser chamado a desempenhar um papel de proteção dos direitos do *accipiens*, desde a impossibilidade não imputável até ao cumprimento defeituoso da prestação.

No fim do exercício aprofundado do *commodum* de representação dividimo-lo, como a Doutrina sempre fez, entre o *commodum ex re* e o já famigerado *commodum ex*

negotiatione ou, melhor dizendo, o benefício da negociação. Ainda que moldado indiretamente pelo princípio do consensualismo, que lhe retira grande espaço de atuação (ao contrário do ordenamento jurídico germânico), parece que nada impedirá o acionamento deste mecanismo, por parte do credor, quando os pressupostos assim sejam concordantes.

O real problema do instituto do *commodum*, como um todo, é que ele se encontra severamente matizado. Existe uma panóplia de tentativas teleológicas de explicitação do *commodum*, por exemplo, através do instituto do enriquecimento sem causa (na categoria de enriquecimento por intervenção), ou ainda através do instituto da *compensatio lucri cum damno* (na qual o art. 803º/2 CC poderá ter consagrado essa hipótese, mas que não consumará uma opção totalizadora da função em que o *commodum*, no geral, se radica). Para nós, o *commodum* de representação não justifica a assunção por outros institutos: é autónomo na sua tutela. Ademais, *entia non sunt multiplicanda sine necessitate...*

Por fim, a conjugação. O espaço reconhecido ao *disgorgement* e ao *commodum ex negotiatione* permitiu-nos entender que, inobstante as suas claras divisões históricas e sistemáticas, vão unidos num mesmo alento: constituem verdadeiros expedientes de *captura de lucros ilícitos contratuais*.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, PEDRO

- *Direito das obrigações. Contratos em especial*, v. I, Almedina, 2ª edição, 2019.

ALMEIDA COSTA, MÁRIO

- *Direito das obrigações*, 12ª ed., Almedina, 2010.

ANDERSEN, ERIC G.

- *The restoration interest and damages for breach of contract*, *Maryland Law Review*, v. 53, 1994.

ANDERSON, ROY RYDEN

- *The compensatory disgorgement alternative to restatement third's new remedy for breach of contract*, *SMU Law Review*, v. 68, 2015.

ANDRADE, MANUEL

- *Teoria geral das obrigações*, 3ªed., Livraria Almedina, Coimbra, 1966.

ARAÚJO, FERNANDO

- *Teoria económica do contrato*, Almedina, 2007.

ARRUE, XAVIER

- *Commodum ex negotiatione: una mirada al §285 BGB*, *Revista de Derecho Civil*, v. VII, Nº 3, 2020.

AURELIANO, NUNO

- *O risco nos contratos de alienação. Contributo para o estudo do direito privado português*, Almedina, 2009.

AVELÃS, ANTÓNIO NUNES

- *Noção e objeto da economia política*, Reimp. 3ª ed., Almedina, 2014.

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA

- *A recusa da conformação do jurídico pelo económico: breves considerações a propósito da responsabilidade civil*, Boletim de Ciências Económicas, 2014.

BARNETT, KATY

- *Accounting for profit for breach of contract, Theory and practice*, Hart Publishing, 2012.

BIRKS, PETER

- *Misnomer*, Restitution: past, present and future: essays in honor of Gareth Jones, ed. CORNISH, WILLIAM, VIRGO, GRAHAM, London: Hart Publishing, 1998.
- *Unjust enrichment and wrongful enrichment*, Texas Law Review, v. 79, 2001.
- *The roman law of obligations*, Oxford University Press, 2014.

BIRMINGHAM, ROBERT L.

- *Breach of contract, damage measures and economic efficiency*, Rutgers Law Review, 1970.

BOUCKAERT, BOUDEWIJIN, DE GEEST, GERRIT

- *Encyclopedia of law and economics – The history and methodology of law and economics*, v. 1, Edward Elgar, 2000.

BURROWS, ANDREW

- *Quadrating restitution and unjust enrichment: a matter of principle*, Restitution Law Review, v. 8, 2000.
- *Are “damages on the Wrotham Park basis” compensatory, restitutionary or neither?* Contract Damages, Domestic and International perspectives, (org). SAIDOV, DJAKHONGIR, CUNNINGTON, RALPH, Hart Publishing, 2008
- *A restatement of the English law of contract*, Oxford University Press, 2016.

BURTON, STEVEN J.

- *The path of the law and its influence, The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr*, Cambridge University Press, 2008.

CAGGIANO, ILLARIA

- *Disgorgement, compensation and restitution*, Global Jurist, v. 16, 2016.

CALVÃO DA SILVA, JOÃO

- *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4ª ed, Reimp., Almedina, 2007
- *Não cumprimento das obrigações*, Comemorações dos 35 do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, v. III, Coimbra Editora, 2007.

CAMPBELL, DAVID

- *A relational critique of the third restatement of restitution section 39*, William & Lee Law Review, v. 68, 2011.

CAMPOS, DIOGO LEITE

- *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*, Revista da Ordem dos Advogados, 1982.
- *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa*, Almedina, Coimbra, 2003.

COELHO, FRANCISCO PEREIRA

- *O enriquecimento e o dano*, Almedina, 2003.

COOTER, ROBERT, ULEN, THOMAS

- *Law&Economics*, Addison-Wesley, 6ªed, 2010.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

- *Tratado de Direito Civil*, IX, Direito das obrigações, Cumprimento e não-cumprimento, Transmissão, Modificação e extinção, 3ªed., Almedina, 2017.

- *Tratado de Direito Civil*, VI, Introdução, Sistemas e Direito Europeu, Dogmática Geral, 3ª ed. (colab. de A. Barreto Menezes Cordeiro), Almedina, 2019.

CRASWELL, RICHARD

- *Contract, remedies, renegotiation and the theory of efficient breach*, Southern California Law Review, v. 61, 1988.

CUNNINGTON, RALPH

- *The assessment of gain-based damages for breach of contract*, Modern Law Review, 2008.
- *The measurement and the availability of gain-based damages for breach of contract*, Contract Damages, Domestic and International perspectives, (org). SAIDOV, DJAKHONGIR, CUNNINGTON, RALPH, Hart Publishing, 2008.
- *The inadequacy of damages as a remedy for breach of contract*, Justifying private law remedies, ed., RICKETT, CHARLES EF, Hart Publishing, 2008.

DAGAN, HANOCH

- *Restitutionary damages for breach of contract: an exercise in private law theory*, Theoretical Inquiries in Law, v. 1, 2000.

DAWSON, JOHN P.

- *Restitution or damages*, Ohio State Law Journal, 1959.

DELONG, SIDNEY

- *The efficiency of disgorgement as a remedy for breach of contract*, v. 22, Indiana Law Review, 1989.

DÍEZ-PICAZO, LUÍS

- *Commodum ex negotiatione*, Anuario de Derecho Civil, t. LX, fasc. IV, 2007.

DODGE, WILLIAM

- *The case for punitive damages in contracts*, Duke Law Journal, v.48, 1999.

DOYLE, SAM, WRIGHT, DAVID

- *Restitutionary damages – the unnecessary remedy?* Melbourne University Law Review, v. 25, 2001.

DUXBURY, NEIL

- *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

EDELMAN, JAMES

- *Gain-based damages: contract, tort, equity and intellectual property*, Hart Publishing, 2002.

EISENBERG, MELVIN A.

- *The disgorgement interest in contract law*, Michigan Law Review, v. 105, 2006.

FARIA, JORGE RIBEIRO

- *Direito das obrigações*, v. II, Almedina, 2001.

FARNSWORTH, E. ALLAN

- *Your loss or my gain? The dilemma of the disgorgement principle in breach of contract*, Yale Law Journal, v. 94, 1985.

FEDELE, ALFREDO

- *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Antonino, Giuffrè-Editore, Milano, 1954.

FRADA, MANUEL CARNEIRO

- *Contrato e deveres de proteção*, Separata do volume 38 do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1989, Coimbra.
- *Direito civil, Responsabilidade Civil, O método do caso*, Almedina, 2010, Coimbra.

FRIEDMANN, DANIEL

- *Restitution of benefits obtained through the appropriation of property or the commission of a wrong*, Columbia Law Review, v. 80, 1980.
- *Restitution of profits gained by party in breach of contract*, Law Quarterly Review, v. 104, 1988.
- *The efficient breach fallacy*, Journal of Legal Studies, v. 18, n°1, 1989.
- *Restitution for wrongs: the measure of recovery*, Texas Law Review, v. 79, 2001.

FULLER, L.L, PERDUE, WILLIAM

- *The reliance interest in contract damages*, Yale Law Journal, v. 46, 1936.

GIGLIO, FRANCESCO

- *The foundations of restitution for wrongs*, Hart Publishing, 2007
- *Gain-related recovery*, Oxford Journal of Legal Studies, v. 28, n.3, 2008.

GILMORE, GRANT

- *The ages of the American Law*, Yale University Press, 2014.

GOETZ, CHARLES J., SCOTT, ROBERT E.

- *Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement*, Columbia Law Review, v. 77, n. 4, 1977.

GOODHART, WILLIAM

- *Restitutionary damages for breach of contract: the remedy that dare not speak its name*, Restitution Law Review, v. 3, 1995.

GOMES, JÚLIO

- *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998.

HARRISON, JEFFREY L.

- *Law and economics in a nutshell*, West Academy Publishing, 2005.

HOLMES, OLIVER WENDELL

- *The path of the law*, Harvard Law Review, v. 110, 1897.

HYLAND, RICHARD

- *Pacta sunt servanda: a meditation*, Virginia Journal of International Law, v. 34, 1994.

JAFFEY, PETER

- *Disgorgement for breach of contract*, Restitution Law Review, v. 8, 2000.
- *The nature and scope of restitution, vitiated transfers, imputed contracts, and disgorgement*, Hart Publishing, 2000.

JIMENEZ, MARCO

- *Finding the good in Holmes's bad man*, v. 79, Fordham Law Review, 2011.

JOHNSTON, DAVID, ZIMMERMANN, REINHARD

- *Unjustified enrichment: key issues in comparative perspective*, Cambridge University Press, 2004.

JONES, GARETH

- *The recovery of benefits gained from a breach of contract*, Law Quarterly Review, v. 99, 1983.

JÚNIOR, EDUARDO SANTOS

- *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Almedina, 2003.

JUSTO, A. SANTOS

- *Breviário de Direito Romano*, Coimbra Editora, 2010.

KLASS, GEORGE, LETSAS, GEORGE, SAPRAI, PRINCE

- *Philosophical foundations of contract law*, Oxford University Press, 2014.

KORNHAUSER, LEWIS A.

- *An introduction to the economic analysis of contract remedies*, University of Colorado Law Review, v. 57, 1986.

KULL, ANDREW

- *Disgorgement for breach, the restitution interest and the restatement of contracts*, Texas Law Review, v. 79, 2001.

LEITÃO, LUÍS MENEZES

- *O enriquecimento sem causa no direito civil*, Almedina, 2005.
- *Direito das obrigações*, v. I, 15ªed., Reimp., Almedina, 2018.
- *Direito das obrigações*, v. II, 12ª ed., Reimp., Almedina, 2019.

LIAO, WENQING

- *The application of the theory of efficient breach in contract law, A comparative law and economics perspective*, Intersentia, 2015.

LIMA, FERNANDO PIRES, VARELA, JOÃO ANTUNES (com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita)

- *Código Civil Anotado*, v. I, 2ª edição, Coimbra Editora.
- *Código Civil Anotado*, v. II, 4ª edição, Coimbra Editora.
- *Código Civil Anotado*, v. III, 2ª edição, Coimbra Editora.

LUBAN, DAVID

- *The bad man and the good lawyer: A centennial essay on Holmes's the path of the law*, v. 72, New York University Law Review, 1997.

MACNEIL, IAN R.

- *Efficient breach of contract: circles in the sky*, Virginia Law Review, v. 68, 1982.

MARCIANO, ALAIN, RAMELLO, GIOVANNI BATTISTA

- *Encyclopedia of law and economics*, Springer, 2019.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO

- *Cumprimento defeituoso. Em especial compra e venda e na empreitada*, Almedina, 2001.
- *Direito das obrigações*, Programa 2017/2018, Apontamentos, 5ª ed., AAFDL, 2017.
- *Da cessação do contrato*, 3ª ed., 2017.

MATHIS, KLAUS

- *Efficiency instead of justice? Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law*, Springer, 2009.

MCBRIDE, NICHOLAS

- *Restitution for wrongs*, (org.) MITCHELL, CHARLES, SWADLING, WILLIAM, *The restatement third: restitution and unjust enrichment: critical and comparative essays*, London: Hart Publishing, 2013.

MCCAMUS, JOHN D.

- *Disgorgement for breach of contract: a comparative perspective*, v. 36, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2003.

MCINNES, MITCHELL

- *Restitution, unjust enrichment and the perfect quadrature thesis*, *Restitution Law Review*, v. 7, 1999.
- *Gain-based relief for breach of contract: Attorney General v. Blake*, *Canadian Business Law Journal*, v. 35, 2001.

MCQUEEN, HECTOR

- *Gain-based damages for breach of contract and the DCFR*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida, v. II, Almedina, 2011.

MENETREZ, FRANK

- *Consequentialism, Promissory Obligation, and the theory of efficient breach*, *UCLA Law Review*, v. 47, 2000.

MICELI, THOMAS J.

- *The economic approach to law*, Stanford University Press, 2004.

MINDA, GARY

- *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*, NYU Press, 1995, (disponível em www.jstor.org).

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA

- *Curso de introdução ao estudo do direito*, Interpretação jurídica, Coimbra, 1976
- *O Direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*, 3ªed, Instituto Piaget, 2012.

O'DAIR, RICHARD

- *Restitutionary damages for breach of contract and the theory of efficient breach: some reflections*, *Current Legal Problems*, v. 46, 1993.

OLIVEIRA, NUNO PINTO

- *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, 2ª edição, Almedina, 2009, Coimbra.
- *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, 2011.

PANTALEÓN, FERNANDO

- *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, *Anuario de Derecho Civil*, 1993, t. XLVI, fasc. IV.

PARISI, FRANCESCO, ROWLEY, CHARLES K.

- *The origins of Law and Economics, Essays by the founding fathers*, Edward Elgar, 2005.

PEREIRA, MARIA DE LURDES, MÚRIAS, PEDRO

- *Obrigação primária e obrigação de indemnizar*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, v. II, Almedina, 2011.

PERLSTEIN, BARRY

- *Crossing the contract-tort boundary: an economic argument for the imposition of extra compensatory damages for opportunistic breach of contract*, Brooklyn Law Review, v. 58, 1992.

PERILLO, JOSEPH M.

- *Misreading Oliver Wendell Holmes on efficient breach and tortious interference*, Fordham Law Review, v. 68, 2000.
- *Restitution in a contractual context and the restatement (third) of restitution & unjust enrichment*, v. 68, William & Lee Law Review, 2011.

PHANG, ANDREW, LEE, PEY WOAN

- *Rationalising restitutionary damages in contract law: an elusive or illusory quest*, Journal of Contract Law, v. 17, 2001.

PICÓN, NIEVES

- *La modernización del régimen del incumplimiento del contrato*, Anuario de Derecho Civil, t. LXIV, fasc. IV, 2011.

PINTO, CARLOS MOTA

- *Cessão da posição contratual*, Almedina, 1982.
- *Teoria geral do direito civil*, Coimbra Editora, 4ª edição, 2005 (com a colab. de MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, PINTO, PAULO MOTA).

PINTO, PAULO MOTA

- *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, v. I, Coimbra, 2007.
- *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, v. II, Coimbra, 2007.

PIRES, CATARINA MONTEIRO

- *Impossibilidade da prestação*, Almedina, 2018.
- *Contratos. Perturbações na execução*, Almedina, 2019.

POLINSKY, A. MITCHELL, SHAVELL, STEVEN

- *Handbook of law and economics*, vol. 1, Elsevier, 2007.

POSNER, RICHARD

- *Economic analysis of law*, Wolter Kluwer, 2014.
- *Let us never blame a contract breaker*, Michigan Law Review, v. 107, 2009.

PRATA, ANA

- *Código civil anotado*, (coord.), Almedina, 2ª edição, 2019.

PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO

- *Comentário ao Código Civil, Direito das obrigações, Das obrigações em geral*, UCP, 2018.
- *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, 3ª edição, UCP-PORTO, 2019.

ROBERTS, CAPRICE L.

- *A Commonwealth of perspective on restitutionary disgorgement for breach of contract*, Washington & Lee Law Review, v. 65, 2008.
- *Restitutionary disgorgement for opportunistic breach of contract and mitigation of damages*, Loyola of Los Angeles Law Review, v. 42, 2008.
- *Restitutionary disgorgement as a moral compass for breach of contract*, University of Cincinnati Law Review, v. 77, 2009.

ROTHERHAM, CRAIG

- *The conceptual structure of restitution for wrongs*, v. 66, Cambridge Law Journal, 2007.

SHAVELL, STEVEN

- *Damage measures for breach of contract*, *The bell journal of economics*, v.11, n.2, 1980.
- *Why breach of contract may not be immoral given the incompleteness of contracts*, Michigan Law Review, v. 107, 2009.

SOLÈNE, ROWAN

- *Remedies for breach of contract, A comparative analysis of the protection of performance*, Oxford University Press, 2012.

RUSCH, KONRAD

- *Restitutionary damages for breach of contract: a comparative analysis of English and German Law*, South Africa Law Journal, v. 118, 2001.

SCALISE, RONALD

- *“Why no efficient breach in the civil law”*: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract, v. 55, American Journal of Comparative Law, 2007.

SERRA, ADRIANO VAZ

- *Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor*, Boletim do Ministério da Justiça, Nº 46, 1955.
- *Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor*, Boletim do Ministério da Justiça, Nº47, 1955.
- *Objeto da obrigação. A prestação – sua espécie, conteúdo e requisitos*, Boletim do Ministério da Justiça, Nº74, 1958.

SIEMS, MATHIAS

- *Disgorgement of profits for breach of contract: a comparative analysis*, *Edinburgh Law Review*, v. 27, 2003.

SINGER, JOSEPH WILLIAM

- *Legal realism now*, v. 76, *California Law Review*, 1988.

SMITH, LIONEL

- *The province of the law of restitution*, *Canadian Bar Review*, v. 71, 1992.
- *Disgorgement of the profits of breach of contract: property, contract and efficient breach*, *Canadian Business Law Journal*, v. 24, 1994

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO

- *Direito das obrigações*, Coimbra Editora, 7ª ed., 1997

THEL, STEVEN, SIEGELMAN, PETER

- *You do have to keep your promises: a disgorgement theory of contract remedies*, *William and Mary Law Review*, v. 52, 2011.

VARELA, JOÃO ANTUNES

- *Rasgos inovadores do código civil português em matéria de responsabilidade civil*, *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 48, 1972.
- *Das obrigações em geral*, v. I, 10ª edição, Almedina, 2000
- *Direito das obrigações*, v. II, 7ª ed., Reimp., Almedina, 2012.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO

- *Teoria geral do direito civil*, Almedina, 9ª ed., 2019.

VICENTE, DÁRIO MOURA

- *A tutela internacional da propriedade intelectual*, Almedina, 2008.
- *Direito comparado*, v. 2, Almedina, 2017.

VINGIANO-VIRICEL, IOLANDE,

- *La faute lucrative: une notion en construction en droit français*, *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, N°1, 2017.

VIRGO, GRAHAM

- *The principles of the law of restitution*, Oxford University Press, 2015.
- *Restitutionary damages for wrongs: causation and remoteness*, *Justifying private law remedies*, ed. RICKETT, CHARLES EF, Hart Publishing, 2008.

WADDAMS, STEPHEN

- *Gains derived from breach of contract: historical and conceptual perspectives*, *Contract damages, Domestic and International perspectives*, (org.) SAIDOV, DJAKHONGIR, CUNNINGTON, RALPH, Hart Publishing, 2008.

WEINRIB, ERNEST

- *Corrective justice in a nutshell*, *The University of Toronto Law Journal*, v. 52, n. 4, 2002.
- *Punishment and disgorgement as contractual remedies*, *Chicago-Kent Law Review*, v. 78, 2003.
- *Corrective justice*, Oxford University Press, 2012.

WORTHINGTON, SARAH

- *Reconsidering disgorgement for wrongs*, v. 62, *Modern Law Review*, 1999

ZIMMERMANN, REINHARD

- *The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press, 1996.

