

SOBRE A AXIOLOGIA DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL, A POUPANÇA DE DESPESAS E O LUCRO ILÍCITO

Pelo Dr. Daniel Bessa de Melo⁽¹⁾

SUMÁRIO:

1. A axiologia da responsabilidade civil contratual. 1.1. Diferenças estruturais e teleológicas entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. 1.2. Consequências ao nível do cálculo do dano do incumprimento. 1.3. A articulação com o nexu sinalagmático. O problema da cumulação da resolução contratual com a indemnização pelo interesse contratual positivo. **2. O problema do incumprimento sem dano: o caso da poupança de despesas do devedor.** 2.1. O recurso à redução do preço? **3. O problema do lucro ilícito.** 3.1. O tratamento do problema no âmbito do enriquecimento sem causa. O caso particular do promitente-adquirente que haja obtido a *traditio* da coisa. 3.2. Os *gain-based damages*. 3.2.1. Revenda a preço maior. 3.2.2. Violação de deveres secundários. **3.3. Solução ao abrigo do Direito português.** **Conclusão.**

Resumo

Através do presente estudo pretende-se abordar alguns aspetos controvertidos da responsabilidade contratual. Começa-se por uma abordagem da natureza axiologicamente fundada da responsabilidade contratual e a sua influência sobre o método de circunscrição

(1) Advogado Associado do Departamento de Direito da Cerejeira Namora, Marinho Falcão. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Mestre em Ciências Jurídico-Civis pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Endereço eletrónico: <dbm@cnmf.pt>. O Autor agradece ao Professor Doutor Manuel Carneiro da Frada pelos comentários tecidos a respeito deste estudo, que muito contribuíram para a sua consolidação e aperfeiçoamento dogmático.

e cálculo dos danos sofridos. Seguidamente, expõe-se a inadequação da teoria da diferença para lidar com cenários em que o incumprimento contratual não se repercutiu negativamente sobre o património do lesado. Por fim, questiona-se a influência que o lucro obtido pela parte inadimplente pode ter na determinação do *quantum* indemnizatório.

Palavras-chave

Incumprimento contratual; responsabilidade civil; lucro ilícito; compra e venda; Direito português.

1. A axiologia da responsabilidade civil contratual

A compensação do dano emergente do incumprimento contratual é a conclusão lógica do *pacta sunt servanda*.

O contrato é o mecanismo predileto de livre composição de interesses, por intermédio do qual as partes realizam investimentos patrimoniais e pessoais. Respondendo a esse exercício da autonomia privada, o sistema identifica na vontade dos sujeitos contratuais um “verdadeiro dogma de atribuição de força jurídica, dotada de tutela coercitiva”⁽²⁾. A juridicidade do vínculo contratual importa a nulidade de qualquer cláusula de renúncia antecipada aos direitos de reação ao incumprimento contratual (art. 809.º)⁽³⁾, onde — ao que nos parece — se engloba o direito à indemnização⁽⁴⁾; o conteúdo juridicamente relevante do contrato “proíbe a convenção donde resulta a irresponsabilidade da devedora, tornando o incumprimento sem consequências sancionatórias”⁽⁵⁾.

Sintomático da estrutura obrigacional do contrato é a noção de promessa⁽⁶⁾. O credor de uma prestação adquire a expectativa (*improprio sensu*) legítima de que o comportamento devido será realizado. Não o

(2) FONTES DA COSTA, MARIANA, *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 29.

(3) Na falta de indicação em sentido contrário, todos os artigos referenciados consideram-se do Código Civil de 1966, na sua atual redação.

(4) Neste sentido, MORAIS ANTUNES, ANA FILIPA, “Da Irrenunciabilidade Antecipada a Direitos”, in AA.VV., *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp. 100-101, e ANTUNES VARELA, JOÃO DE MATOS, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 137, nota 1.

(5) Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18.05.2010, proc. n.º 8839/03.9TVLSB.L1-7.

(6) Com isto não se coloca em causa a autonomia funcional do contrato-promessa, cujas razões já foram exemplarmente expostas: PRATA, ANA, *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, reimp., Coimbra: Almedina, 2006, p. 82, ss.

sendo voluntariamente, a prestação poderá ser coercivamente exigida (art. 817.º)(7). Atento que, no decorrer da normalidade das circunstâncias, as partes não celebram um contrato se a ele não se quiseram vincular(8), a promessa de cumprimento explica que o credor incorra em determinadas despesas, assuma dados encargos e projete a obtenção de certos benefícios. Nas palavras de ZIMMERMANN, “[every] contractual promise engenders expectations in the person of the promisee”(9).

O efeito vinculativo que subjaz à assunção do dever de prestar permite que se olhe para a responsabilidade obrigacional como um seu prote-lamento funcional, justificando que a indemnização coloque o credor na posição patrimonial onde estaria caso o contrato tivesse sido pontualmente cumprido(10).

1.1. Diferenças estruturais e teleológicas entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual

Incumprida a obrigação contratual, surge um dever (que tanto pode acrescer à primitiva prestação cuja realização ainda seja possível como substituí-la de todo)(11) de indemnizar a parte fiel dos danos que o inadimplemento haja provocado. Qualquer que seja a sua articulação com a

(7) A ação de cumprimento não se confunde, pois, com a ação de indemnização. Explica PINTO OLIVEIRA, NUNO MANUEL, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 594, que “a acção de cumprimento não depende da ilicitude do facto, ou da culpa do autor do facto, ou do dano ou do nexo de causalidade entre o facto e o dano ou prejuízo; a acção de indemnização, sim — depende da ilicitude, da culpa e do dano ou prejuízo”.

(8) No limite, pode haver uma declaração não séria. Cf., a este respeito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.11.1999, proc. n.º 99A772, onde se referiu que “[se] as partes emittem uma declaração negocial, mas não existir vontade de a emitir, não se lhe pode atribuir eficácia jurídica, por lhes faltar a vontade em se quererem vincular juridicamente”.

(9) ZIMMERMANN, REINHARD, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, reimpr., Cape Town: Juta & Co Ltd., 1992, p. 783.

(10) KÖTZ, HEIN, *European Contract Law*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 264.

(11) MOTA PINTO, CARLOS ALBERTO, *Cessão da Posição Contratual*, reimpr., Coimbra: Almedina, 2003, p. 337, distingue entre as prestações sucedâneas do dever primário de prestação, “como será o caso da indemnização de perdas e danos por inadimplemento culposos do devedor”, das prestações coexistentes com a prestação principal, sem a substituírem, “como o direito à indemnização em caso de mora ou em caso de cumprimento defeituoso da prestação principal”. Na redação que lhe fora dada pela Reforma de 2002, o § 280 do BGB prevê separadamente danos “em vez do cumprimento” e danos “acompanhado do cumprimento”. Acerca desta alternância, KÖTZ, HEIN, *European Contract Law*, cit., p. 241.

dimensão ainda possível de realização do vínculo obrigacional, tais deveres de indemnização “representam sobrevivências ou prolacções do dever de prestar originário, o qual não perderia a sua identidade pela verificação do evento que lhes deu lugar”⁽¹²⁾.

O primeiro fator distintivo da responsabilidade obrigacional perante a ordem geral de proteção que a responsabilidade aquiliana representa⁽¹³⁾ reside aqui: não se trata de salvaguardar um certo número de bens jurídicos cujo respeito perante todos se impõe, mas de assegurar ao lesado o valor económico da prestação incumprida. Se esta corrobora a oponibilidade *erga omnes* dos direitos absolutos⁽¹⁴⁾, aquela permite efetivar o vínculo *inter partes* livremente gerado.

Logo por aqui se antevê que a diversidade de regime não surge como um acidente histórico, antes espelha importantes distinções valorativas e funcionais acerca da distribuição do risco da atividade humana⁽¹⁵⁾.

Enquanto a responsabilidade extracontratual reage ao risco geral da ocorrência do dano num dado círculo de bens jurídicos previamente existentes, a responsabilidade contratual reporta-se ao risco específico de dano que a relação negocial é idónea a criar⁽¹⁶⁾. À obrigação geral imposta coercivamente pelas normas de conduta que regulam a vida social acresce, portanto, a obrigação específica a que o sujeito voluntariamente se submeteu⁽¹⁷⁾.

O diferente tipo de risco a que ambas estas responsabilidades reagem importa que salvaguardem uma diversa gama de interesses. Dito sinteticamente, a responsabilidade extracontratual protege essencialmente a pessoa e a propriedade (*lato sensu*, abrangendo todos os direitos reais), ao passo que a responsabilidade contratual dir-se-ia proteger o património *qua*

⁽¹²⁾ CARNEIRO DA FRADA, MANUEL A., *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 38, nota 61.

⁽¹³⁾ Todas experiências jurídicas modernas assentam, se não numa contraposição, pelo menos numa distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual (SALVI, CESARE, *La Responsabilità Civile*, 2.^a ed., Milano: Giuffrè, 2005, p. 11). Sobre o tema veja-se entre nós, com desenvolvimento, CARNEIRO DA FRADA, MANUEL, *Contrato e Deveres de Protecção*, cit., 1994, p. 117, ss.

⁽¹⁴⁾ A situação básica de responsabilidade civil extracontratual é dada pela ofensa a posições absolutamente protegidas: BESSA DE MELO, DANIEL, “Da Ressarcibilidade dos Danos Puramente Patrimoniais no Direito Delitual Português”, *Revista de Direito Civil*, Vol. VIII, n.º 2, 2023, p. 290, ss.

⁽¹⁵⁾ A responsabilidade contratual do art. 798.º não pode, por isso, ser encarada como uma *factispecie* especial diante a norma geral do art. 483.º. Cf., para a conceção de base subjacente, CARNEIRO DA FRADA, MANUEL, *Contrato e Deveres de Protecção*, cit., p. 123, ss. (= *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 270, ss.). No sentido, também, da conceção pluralista, PINTO OLIVEIRA, NUNO MANUEL, *Princípios de Direito dos Contratos*, cit., p. 592.

⁽¹⁶⁾ SALVI, CESARE, *La Responsabilità Civile*, cit., p. 14.

⁽¹⁷⁾ BIANCA, C. MASSIMO, *Diritto Civile*, Vol. V, reimp., Milano: Giuffrè, 1994, pp. 546-547.

tale⁽¹⁸⁾. A consequência mais significativa desta bifurcação seria a de ver no contrato “o instrumento predileto para a proteção dos puros interesses económicos dos sujeitos”⁽¹⁹⁾, os quais não se encontram globalmente acautelados pela tutela aquiliana⁽²⁰⁾. Em todo o caso, esta repartição não se nos afigura completamente estanque por duas razões: (i) o incumprimento contratual pode ser (e frequentemente é) gerador de um dano à pessoa e propriedade do credor⁽²¹⁾; (ii) a obrigação indemnizatória decorrente do incumprimento contratual não salvaguarda a totalidade do património do credor, mas apenas aquela fração comprometida com o investimento subjacente ao contrato.

Esta breve observação não ignora, no entanto, que contrato e torto se apresentam ainda hoje como duas vertentes bastante díspares do princípio da reparação do dano ilicitamente causado. Sabemos como este princípio é uma exceção à regra geral de alocação do risco da ocorrência do dano, de acordo com a qual será o património que sofre o prejuízo a suportá-lo — *casum sentit dominus*. Argumentos terá de haver para justificar a deslocação do dano para a esfera jurídica de outrem⁽²²⁾. A relação contratual será um deles: ao assumir o dever de realizar da prestação, o devedor assume o risco da preterição imputável do interesse contratual que nela fora depositado e, por conseguinte, a obrigação de o reconstituir *in natura* ou por equivalente.

Se o recorte dos bens delitualmente protegidos é traçado ao nível das opções heterónomas do legislador, perante as quais o funcionamento da autonomia privada é inexistente, o âmbito da responsabilidade pelo incumprimento encontra o seu fundamento na mais imediata manifestação da liberdade de autocomposição de interesses — o contrato⁽²³⁾. A exigên-

(18) PINTO OLIVEIRA, NUNO MANUEL, *Princípios de Direito dos Contratos*, cit., p. 598. Em termos não inteiramente consentâneos, embora mais precisos, para CARNEIRO DA FRADA, MANUEL A., *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, reimp., Coimbra: Almedina, 2018, p. 275, ss., os interesses protegidos pela tutela aquiliana seriam aqueles que, preexistentes à eventual relação entre os sujeitos, devem ser respeitados no indiferenciado contacto social; diversamente, os interesses salvaguardados através de responsabilidade obrigacional são os atribuídos pela relação entre credor e devedor e por sua causa.

(19) BESSA DE MELO, DANIEL, “Da Ressarcibilidade dos Danos Puramente Patrimoniais no Direito Delitual Português”, cit., p. 261.

(20) PINTO OLIVEIRA, NUNO MANUEL, “Tópicos sobre a Distinção entre a Responsabilidade Contratual e a Responsabilidade Extracontratual”, in AA.VV., *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 522.

(21) Seria o caso do cirurgião plástico que não aplica a devida diligência na operação (MACIOCE, FRANCESCO, *L'Obbligazione e il Contratto*, 4.^a ed., Torino: Giappichelli, 2021, p. 63).

(22) BESSA DE MELO, DANIEL, “Da Ressarcibilidade dos Danos Puramente Patrimoniais no Direito Delitual Português”, cit., p. 250, ss.

(23) PINTO OLIVEIRA, NUNO MANUEL, “Tópicos sobre a Distinção entre a Responsabilidade Contratual e a Responsabilidade Extracontratual”, cit., pp. 522-523.

cia (porventura de ordem pública) que proíbe a renúncia antecipada ao direito a exigir uma indemnização não desmente que lhe presida uma certa voluntariedade, a qual se manifestou na decisão de vinculação ao dever de prestar: “a imagem global do tipo *responsabilidade contratual* convoca a ideia de autonomia. O lesante responde pelos prejuízos por causa da *quebra da palavra dada*”⁽²⁴⁾.

A doutrina realça igualmente como entre estes dois tipos de responsabilidade existem diferenças tendenciais quanto à função dos deveres jurídicos violados.

Contraposto ao direito absoluto surge uma obrigação universal de não ingerência. Como tal, o interesse do titular de um direito absoluto será o da preservação da situação existente, a qual lhe permite livremente aceder às utilidades que a sua posição lhe concede. A responsabilidade civil extracontratual representa, por isso, “uma *ordem de estabilidade*”⁽²⁵⁾ mediante a qual se pretende reprimir aqueles atos que perturbem a relação de aproveitamento que existe entre o sujeito e o seu direito (absoluto). Algo diferente, o interesse do titular do direito de crédito será o da obtenção de uma vantagem patrimonial mediante a realização da prestação prometida. A responsabilidade civil contratual representará, pelo contrário, “uma *ordem de dinamismo*”⁽²⁶⁾ que visa recuperar a mais-valia que o cumprimento da prestação produziria no património do credor.

1.2. Consequências ao nível do cálculo do dano do incumprimento

Todas estas circunstâncias têm consequências significativas no apuramento do leque de danos indemnizáveis *ex vi* a ação de responsabilidade civil obrigacional e, sobretudo, no modo como se procede à sua quantificação.

TREITEL sugere que o credor da obrigação inadimplida tem direito “*to be compensated for the loss of his bargain*” enquanto o titular de um direito subjetivo protegido *erga omnes* é colocado “*into the position in which he would have been, if the tort had not been committed*”⁽²⁷⁾. Se a tutela extracontratual certifica a pré-existente ordem de proteção de determinados bens

⁽²⁴⁾ *Ibidem*, p. 523.

⁽²⁵⁾ *Ibidem*, p. 524.

⁽²⁶⁾ *Ibidem*, p. 524. Perspetivas mais desenvolvidas podem ser encontradas em CARNEIRO DA FRADA, MANUEL A., *Contrato e Deveres de Protecção*, cit., p. 117, ss.

⁽²⁷⁾ TREITEL, GUENTER, *The Law of Contract*, 11.^a ed., London: Sweet & Maxwell 2003, p. 937.

jurídicos, a tutela fornecida pela responsabilidade contratual surge como uma “prolação normativa do direito que para o credor imediatamente emerge do contrato”⁽²⁸⁾, permitindo que “se olhe para a modalidade como um modo de satisfação por outra via do interesse do credor”⁽²⁹⁾.

A indemnização atribuída deverá colocar o credor na posição em que estaria caso a prestação tivesse sido pontualmente cumprida, permitindo a satisfação do seu interesse contratual através da realização de uma obrigação sucedânea à prestação inadimplida; obrigação que, embora morfológicamente diversa⁽³⁰⁾, cumpre teleologicamente o mesmo desiderato de assegurar ao credor o que lhe adviria do cumprimento contratual⁽³¹⁾.

Para reintegrar o património do credor lesado importa apurar o benefício que este adquiriria com a realização da prestação. A realizar-se tal tarefa, deve-se atender, não ao valor objetivo da prestação, mas ao valor subjetivo que ela representa no plano de atividade do credor. SMORTO afirma como o art. 1223.º do *Codice Civile*, colocando a tónica na perda sofrida pelo credor e sobretudo no seu lucro gorado, “pareceria chamar a atenção para o valor que a prestação reveste para aquele particular sujeito”⁽³²⁾. Decorreria daqui uma noção subjetiva de dano que, em nome da “reintegração efetiva do património do lesado”, reclama uma avaliação do prejuízo tabelada ao valor que a prestação reveste para o credor (*id quo interest*)⁽³³⁾.

Destarte, o valor mercantil do bem lesado não constitui o teto máximo do prejuízo ressarcível⁽³⁴⁾, concebendo-se indemnizações superiores — e, muitas vezes, consideravelmente superiores — ao valor da prestação⁽³⁵⁾.

(28) CARNEIRO DA FRADA, MANUEL A., *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., p. 665.

(29) MIRANDA BARBOSA, MAFALDA, *Direito Civil e Sistema Financeiro*, Cascais: Príncipia, 2016, p. 135.

(30) Sufragamos aqui a tese da unidade do dever de prestar e do dever de indemnizar, sem prejuízo das várias vozes críticas (cf. MIRANDA BARBOSA, MAFALDA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais: Príncipia, 2017, pp. 16-19). Contra, CARNEIRO DA FRADA, MANUEL A., *Contrato e Deveres de Proteção*, cit., p. 94: o dever de indemnizar tem fonte legal, contrariamente ao dever de prestar, cuja fonte é contratual. O Autor, contudo, não descarta que “o direito à indemnização é ainda conferido pelo ordenamento jurídico porque determinada obrigação foi contratualmente assumida” (*ibidem*, p. 84, nota 161).

(31) Assim, esclarecendo como a “indemnização resultante da responsabilidade contratual inscreve-se ainda e sempre no plano da satisfação do interesse do credor”, MIRANDA BARBOSA, MAFALDA, *Lições de Responsabilidade Civil*, cit., p. 16.

(32) SMORTO, GUIDO, *Il Danno da Inadempimento*, Milano: CEDAM, 2005, p. 12, tradução livre.

(33) *Ibidem*, p. 12, tradução livre.

(34) *Ibidem*, pp. 12-13.

(35) Contrapõe-se a teoria da *aestimatio rei*. Segundo esta, o valor da indemnização tenderia a ser o valor objetivo da prestação, entendido como o valor de mercado.

A posição aqui sufragada não é estranha da doutrina portuguesa. Debatendo-se entre o cálculo abstrato (avaliação segundo o valor objetivo do bem) e cálculo concreto (valor que o bem tinha para o lesado) do dano, verifica-se uma nítida preferência por este último critério⁽³⁶⁾. O dano resarcível tanto pode exceder (e geralmente assim o será “mercê, nomeadamente, de conexões existentes no património do lesado ou de especiais utilizações que ele faria dos bens considerados”)⁽³⁷⁾ como ficar aquém do valor objetivo do bem⁽³⁸⁾. *In limine*, demonstrando-se que o credor não teria aproveitado a prestação ainda que tivesse sido realizada, nenhuma indemnização lhe é devida⁽³⁹⁾.

1.3. A articulação com o nexó sinalagmático. O problema da cumulação da resolução contratual com a indemnização pelo interesse contratual positivo.

A relação contratual tem habitualmente, embora não necessariamente, uma estrutura sinalagmática. A prestação não existe como um dado *a priori*, contrariamente à obrigação passiva universal que contrasta o

⁽³⁶⁾ MONTEIRO PIRES, CATARINA, *Contratos*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2020, p. 113, ALARCÃO, RUI DE, *Direito das Obrigações*, Coimbra: João Abrantes, 1983, p. 272, e BRANDÃO PROENÇA, JOSÉ CARLOS, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 3.^a ed., Porto: Universidade Católica Editora, 2019, p. 361. No mesmo sentido, refere-nos ALBUQUERQUE, PEDRO DE, “A Aplicação do Prazo Prescricional do n.º 1 do art. 498.º do Código Civil à Responsabilidade Civil Contratual”, *cit.*, pp. 801-802, nota 15, que a “indemnização não corresponde ao valor da prestação nem representa o seu equivalente pecuniário, mede-se antes pelos prejuízos verificados, com frequência muitos superiores ou inferiores ao valor da obrigação em falta, e variáveis de situação para situação apesar da prestação devida poder ser a mesma”.

⁽³⁷⁾ ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO, *Direito das Obrigações*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 778.

⁽³⁸⁾ Este valor poderá ser a medida da indemnização onde não se consiga apurar o tipo de uso a que o credor destinaria a prestação ou o benefício que esta representaria no seu património.

⁽³⁹⁾ TREITEL, GUENTER, *The Law of Contract*, *cit.*, p. 934. Na realidade, a prestação destina-se apenas a proporcionar o bem ou a utilidade através do qual se permitirá a consecução do interesse; já sua efetiva satisfação depende do aproveitamento que o credor faça da prestação (algo próximo, SMORTO, GUIDO, *Il Danno da Inadempimento*, *cit.*, p. 18). Apenas separando-se estas realidades se permite explicar o porquê de a prestação se considerar realizada mesmo se o credor não se aproveitar dela (no sentido de o risco da utilização da prestação recair sobre o credor, ANTUNES VARELA, JOÃO DE MATOS, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit.*, p. 79). Desta forma, nenhuma indemnização será devida ao senhorio pelo facto de o arrendatário ter incumprido obrigações de reparação do locado se este conseguir demonstrar que aquele iria proceder à demolição do imóvel. Nem o titular de um bilhete de cinema que, por doença, tenha faltado à sessão pode reclamar uma indemnização pelo filme ter sido projetado sem som.

direito absoluto, mas como algo devido na estrita medida do esforço financeiro e pessoal desenvolvido (ou a desenvolver) pelo credor. Este não é um simples beneficiário unilateral do contrato, mas igualmente o devedor de uma contraprestação, verificando-se entre estas uma causa jurídica comum⁽⁴⁰⁾.

Da interdependência que existe entre as prestações a doutrina⁽⁴¹⁾ extrai três ilações: (i) enquanto um dos contraentes não cumprir a sua obrigação, o outro pode legitimamente recusar-se a cumprir a dele (art. 428.º); (ii) se uma das partes incumprir a sua prestação, a outra tem o direito a pôr termo ao contrato (art. 801.º, n.º 2); (iii) se uma das prestações se tornar impossível por facto não imputável ao devedor, a contraprestação extingue-se (art. 795.º, n.º 1).

Existe, no entanto, um dado adicional a considerar. Como o incumprimento contratual não anula o nexo sinalagmático existente, a prestação indemnizatória deve ser encarada como um sucedâneo da prestação incumprida e, por isso, proporcionar ao credor a mesmíssima vantagem que o correto processamento do contrato lhe atribuiria. Pressupondo-se que sujeitos racionais apenas se vincularão a um contrato equilibrado, o valor económico da prestação tenderá, em abstrato, a corresponder ao da contraprestação. Perante este tendencial equilíbrio objetivo das prestações⁽⁴²⁾, o fator determinante da celebração de um contrato sinalagmático será o facto de cada uma das partes valorar o seu crédito acima dos custos que incorrerá com a execução do respetivo débito: o benefício obtido pelo credor através da receção da prestação ser-lhe-á superior ao custo da contraprestação que terá de executar⁽⁴³⁾.

O sujeito que se vincula abdica de um ato negocial eventualmente mais proveitoso, assumindo um risco correspondente à não mobilização eficiente do capital e do trabalho. A indemnização pelo interesse contratual

⁽⁴⁰⁾ MENEZES LEITÃO, LUÍS, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 15.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 200.

⁽⁴¹⁾ GALVÃO TELLES, INOCÊNCIO, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 450-452.

⁽⁴²⁾ Esse equilíbrio pode ser induzido a partir de vários preceitos do nosso ordenamento. O art. 237.º estipula que em caso de dúvida sobre o sentido dos negócios onerosos, prevalece o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações. Por todos, cf. PINTO DUARTE, RUI, "O Equilíbrio Contratual como Princípio Jurídico", in AA.VV., *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra: Coimbra Editora 2014, p. 1337, ss.

⁽⁴³⁾ De nada interessa ao vendedor ter o armazém apetrechado, interessando-lhe antes o valor monetário que obterá através da comercialização da mercadoria; por seu turno, ao comprador não importa o capital que tenha à sua disposição, mas o uso ou destinação que possa dar a essa mercadoria.

negativo poderá cobrir este risco, ao permitir o ressarcimento tanto das despesas inúteis como da perda de oportunidades alternativas⁽⁴⁴⁾. Contudo, a indemnização pelo designado dano da confiança não permite compensar integralmente o credor do prejuízo sofrido. Deslocá-lo ao estado em que hipoteticamente estaria se o contrato nunca tivesse sido celebrado ignora que este fora celebrado... e que, por isso, não só se assumiram encargos como — sobretudo! — se projetaram lucros. Formando-se o vínculo sinalagmático, importa preservá-lo mesmo diante a falência total da relação jurídica.

Na medida em que o incumprimento não porta qualquer efeito invalidante do contrato, a resolução contratual poderá ser cumulada com uma indemnização correspondente ao interesse do cumprimento⁽⁴⁵⁾. Importa, em todo o caso, que o inadimplemento seja (além de culposos, sem prejuízo da presunção imposta pelo art. 799.º) gerador de um dano na esfera do credor, por princípio dispensável para efeitos de exercício do direito de resolução⁽⁴⁶⁾. As controvérsias mais significativas apenas surgem em momento

⁽⁴⁴⁾ SOUSA RIBEIRO, JOAQUIM, “Responsabilidade Pré-Contratual”, in LEITE DE CAMPOS, DIOGO (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 766, e FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, *Contratos*, Vol. I, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 246. Será possível, no entanto, equacionar a indemnizabilidade de despesas inutilizadas não enquadráveis no conceito de interesse contratual negativo: cf. LURDES PEREIRA, MARIA, *Direito da Responsabilidade Civil. A Obrigação de Indemnizar*, Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 399-400.

⁽⁴⁵⁾ Este diferendo era uma conhecida polémica no Direito alemão anterior à Reforma de 2002, o que implicaria que, em muitos casos, a parte que sofresse danos superiores ao valor da contraprestação não era devidamente compensada (MARKESINIS, BASIL, *The German Law of Contract*, 2.ª ed., Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 454). A CISG não aborda diretamente a questão. No entanto, consagrando um princípio de integral reparação do dano (art. 74.º) que, abrangendo o lucro cessante, não se vê limitado pela resolução contratual, verificamos uma preferência pela designada grande indemnização. A resolução apenas influencia a pretensão indemnizatória na medida em que, havendo lugar a ela, abrem-se ao credor os métodos de cálculo abstrato previstos nos arts. 75.º e 76.º [DJORDJEVIĆ, MILENA, Anotação ao Art. 74.º, in KRÖLL, STEFAN (coord.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, München: C. H. Beck, 2011, p. 960]. Em Itália não se divisa uma resposta legal clara. O art. 1453.º do *Codice Civile* prevê o direito a uma indemnização tanto em caso de demanda coerciva do cumprimento do contrato como em caso da sua resolução. A cumulação do direito à resolução contratual com uma indemnização pelo interesse no cumprimento tem vindo a ser admitida pela jurisprudência da *Cassazione*. A este respeito, alega-se que o efeito restitutivo e a obrigação ressarcitória acedem a fundamentos distintos que não se excluem mutuamente (ALESSI, ROSALBA, *La Disciplina Generale del Contratto*, 2.ª ed., Torino: Giappichelli, 2017, p. 554, e GALLO, PAOLO, “Restituzioni Contrattuali ed Inadempimento”, in AA.VV., *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Aggiornamento*, Vol. XII, Torino: UTET, 2019, p. 360). Apenas indemnizando-se o interesse contratual positivo se atribuiria ao credor aquilo que teria recebido caso o contrato tivesse sido regularmente cumprido (GUERRINI, LUCA, *Le Restituzioni Contrattuali*, Torino: Giappichelli, 2012, p. 163).

⁽⁴⁶⁾ Existem causas objetivas de resolução que se abstraem tanto da verificação de um dano

posterior, a respeito da circunscrição dos danos relevantes e do seu método de cálculo⁽⁴⁷⁾.

Autores como ANTUNES VARELA são perentórios ao afirmar que o credor fiel apenas pode exigir uma indemnização pelo interesse contratual positivo caso prescindia do direito à resolução contratual, com a consequente manutenção da contraprestação. Pressupondo-se que a resolução conduziria à extinção total do contrato, dificilmente se justificaria que o credor “pudesse exigir do devedor o ressarcimento do benefício que normalmente lhe traria a execução do negócio”⁽⁴⁸⁾. A mesma opinião é propugnada por GALVÃO TELLES, apelando ao argumento que, uma vez ocorrendo a resolução, o contrato é dado sem efeito⁽⁴⁹⁾. Foi esta a posição seguida durante várias décadas pelos nossos Tribunais, não obstante a mesma constituir “uma excepção, ao arripio dos desenvolvimentos internacionais e superadas há mais ou menos tempo na maioria dos direitos que nos são mais próximos”⁽⁵⁰⁾.

Outro fora o entendimento de VAZ SERRA. Rejeitando a tese que via no exercício do direito de resolução o aniquilamento da relação obrigacional, nada obstaria a que o devedor não devesse “assegurar ao outro contraente a situação patrimonial que teria se o contrato tivesse sido cumprido”⁽⁵¹⁾. Subsequentemente, os argumentos a favor da cumulação da extinção da

como da própria culpabilidade da contraparte (RIBEIRO DE FARIA, JORGE, “A Natureza do Direito de Indemnização Cumulável com o Direito de Resolução dos Artigos 801.º e 802.º do Código Civil”, *Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos*, Porto: Universidade do Porto Editora, 2009, pp. 27-28; acerca da justa causa enquanto fundamento de resolução para determinados vínculos contratuais, BAPTISTA MACHADO, JOÃO, “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, *Obra Dispersa*, Vol. I, Braga: Scientia Iuridica, 1991, pp. 141-145).

⁽⁴⁷⁾ Vide PINTO OLIVEIRA, NUNO MANUEL, *Princípios de Direito dos Contratos*, cit., p. 694, ss., e MONTEIRO PIRES, CATARINA, *Contratos*, Vol. I, cit., pp. 119-122. A perspectiva mais completa é-nos oferecida por MOTA PINTO, PAULO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1604, ss.

⁽⁴⁸⁾ ANTUNES VARELA, JOÃO DE MATOS, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, cit., p. 109.

⁽⁴⁹⁾ GALVÃO TELLES, INOCÊNCIO, *Direito das Obrigações*, cit., p. 463. No mesmo sentido, cf. MOTA PINTO, CARLOS ALBERTO, *Cessão da Posição Contratual*, cit., p. 412. O Autor ressalva apenas o “dano suplementar” que haja sido causado por um cumprimento defeituoso. O dever de o reparar perduraria apesar da resolução do contrato e a razão para isto residiria na conservação dos deveres laterais *ex contractu* de cuidado e diligência (*ibidem*, pp. 412-414).

⁽⁵⁰⁾ MOTA PINTO, PAULO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, cit., p. 1639.

⁽⁵¹⁾ VAZ SERRA, ADRIANO, “Impossibilidade Superveniente e Cumprimento Imperfeito Imputáveis ao Devedor”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 47, 1955, pp. 39-40. No mesmo sentido, pronunciando-se a favor da cumulação da resolução com a indemnização do interesse positivo, MONTEIRO PIRES, CATARINA, *Contratos*, Vol. I, cit., p. 122 (= *Impossibilidade da Prestação*, reimp., Almedina, Coimbra, 2018, pp. 647-649), e LURDES PEREIRA, MARIA DE, *A Indemnização de Despesas Inutilizadas na Responsabilidade Obrigacional*, Coimbra: Gestlegal, 2020, p. 685, nota 1574.

relação contratual com a “grande indemnização” receberam em PAULO MOTA PINTO o seu maior expoente⁽⁵²⁾.

A resolução não extingue a relação contratual, antes a transforma numa relação de liquidação⁽⁵³⁾. Qualquer tese que equipare a resolução a uma invalidação contratual ignora como aquela ainda é o prolongamento funcional do *pacta sunt servanda* e do nexu sinalagmático existente⁽⁵⁴⁾, desempenhando a “função de defesa de *ultima ratio* do contraente fiel”⁽⁵⁵⁾. Ao resolver o contrato, o credor não pretende anular o investimento por si realizado ou sequer ser restituído ao *status ante quo*; pretende, antes, salvaguardar os seus interesses patrimoniais diante o risco da eventual perpetuação do incumprimento.

O efeito desvinculativo que a resolução gera, desta forma, não obsta a que possa ser peticionada uma indemnização correspondente ao interesse no cumprimento. O “sentido eminentemente libertador” da resolução⁽⁵⁶⁾, destinada a resgatar a parte fiel de um negócio falido, opera paralelamente à pretensão indemnizatória que, surgindo como um sucedâneo da prestação incumprida, deve atribuir ao credor o benefício que obteria através da receção do ato de cumprimento.

Com isto não se ignora que ao valor da indemnização deverão ser deduzidas quaisquer vantagens que o credor haja obtido através da sua libertação do dever de realização da contraprestação⁽⁵⁷⁾. A resposta ao problema da articulação entre a pretensão ressarcitória e a exoneração da con-

(52) MOTA PINTO, PAULO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, *cit.*, p. 1639, ss.

(53) MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, “Da Resolução do Contrato”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 80, Vol. III/IV, 2020, p. 464, e COSTA GONÇALVES, DIOGO, e SOARES PEREIRA, RUI, “Retroatividade, Restituição e Sinalagma na Resolução”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 5, 2023, p. 863.

(54) GUERRINI, LUCA, *Le Restituzione Contrattuali*, *cit.*, p. 163, e LURDES PEREIRA, MARIA DE, *A Indemnização de Despesas Inutilizadas na Responsabilidade Obrigacional*, *cit.*, p. 686, em rodapé. Mencionando que, com a resolução, o sinalagma simplesmente sofre um “prolongamento”, COSTA GONÇALVES, DIOGO, e SOARES PEREIRA, RUI, “Retroatividade, Restituição e Sinalagma na Resolução”, *cit.*, p. 866; notando como o “*sinalagma comanda o funcionamento do contrato e comanda outrossim o funcionamento da liquidação*”, RIBEIRO DE FARIA, JORGE, “A Natureza do Direito de Indemnização Cumulável com o Direito de Resolução dos Artigos 801.º e 802.º do Código Civil”, *cit.*, p. 56.

(55) PERESTRELO DE OLIVEIRA, ANA, e PERESTRELO DE OLIVEIRA, MADALENA, *Incumprimento Resolutório: uma Introdução*, *cit.*, p. 16. MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, “Da Resolução do Contrato”, *cit.*, p. 466, alerta para como “não se pode colocar num mesmo plano o contrato nulo ou anulado e o contrato legítimo, livremente concluído pelas partes e que uma delas decidiu inadimplir ou impossibilitar”.

(56) BRANDÃO PROENÇA, JOSÉ CARLOS, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, *cit.*, p. 386.

(57) DANNEMANN, GERHARD, e SCHULZE, REINER, *German Civil Code. Article-by-Article Commentary*, Vol. I, München: C. H. Beck, 2020, p. 536.

traprestação encontra-se na designada teoria da diferença atenuada, de acordo com a qual “sempre que o credor não tenha realizado a sua prestação, pode escolher entre descontar o respetivo valor no momento da indemnização por incumprimento e proceder à respetiva realização, exigindo, depois, a totalidade do valor da indemnização”⁽⁵⁸⁾.

2. O problema do incumprimento sem dano: o caso da poupança de despesas do devedor

Salvos alguns desvios pontuais, o método de cálculo do dano perfilhado pelo legislador luso consiste na *Differenztheorie*. Mesmo a duvidar-se que ela resulte diretamente do léxico do art. 562.º, está certamente subjacente ao art. 566.º, n.º 2⁽⁵⁹⁾.

Este método diferencial conduz o intérprete-aplicador a uma operação de índole estritamente aritmética⁽⁶⁰⁾ que compara o valor atual do património do lesado com o valor hipotético que teria se não tivesse havido o ato ilícito⁽⁶¹⁾. Logo aqui surgiriam dificuldades práticas: de um lado, ter-se-ia de ficcionar (e, sobretudo, de apurar em termos monetários)

⁽⁵⁸⁾ MONTEIRO PIRES, CATARINA, *Contratos*, Vol. I, *cit.*, p. 119. Se a contraprestação do credor tiver natureza pecuniária, este acerto de contas culminará numa autêntica compensação: o *performance interest* de B seria 1000, mas como sempre teria de pagar 800, A apenas lhe deve 200. Assim, VAZ SERRA, ADRIANO, “Impossibilidade Superveniente e Cumprimento Imperfeito Imputáveis ao Devedor”, *cit.*, p. 21: “Quando a contraprestação for pecuniária, pode naturalmente o credor compensá-la com a indemnização devida pela outra parte e exigir somente a diferença que houver”. Na situação peculiar de o valor concreto da prestação incumprida não ser superior ao preço contratual e o comprador não ter sofrido quaisquer outros danos, nenhuma indemnização será devida (TREITEL, GUENTER, *The Law of Contract*, *cit.*, p. 933).

⁽⁵⁹⁾ MOTA PINTO, PAULO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, Coimbra Editora: Coimbra, 2008, p. 814. São conhecidas as divergências doutrinárias quanto ao conteúdo desta fórmula. Para uns, ela aludiria à diferença aritmética entre o valor do património do lesado antes do evento danoso e o seu valor após a sua ocorrência (SMORTO, GUIDO, *Il Danno da Inadempimento*, *cit.*, p. 11). Já para PEREIRA COELHO, FRANCISCO, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, reimp., Coimbra: Almedina, 1998, pp. 196-197, os termos da comparação devem-se fazer entre a situação real e a situação hipotética atual do património lesado, sendo esta a posição sufragada pela generalidade dos Autores (ZIMMERMANN, REINHARD, *The Law of Obligations*, *cit.*, p. 824, ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO, *Direito das Obrigações*, *cit.*, p. 777, GALVÃO TELLES, INOCÊNCIO, *Direito das Obrigações*, *cit.*, p. 389, e NIVARRA, LUCA, *Lineamenti di Diritto delle obbligazioni*, Torino: Giappichelli, 2011, p. 132).

⁽⁶⁰⁾ MONTEIRO PIRES, CATARINA, *Contratos*, Vol. I, *cit.*, p. 113.

⁽⁶¹⁾ ZIMMERMANN, REINHARD, *The Law of Obligations*, *cit.*, p. 824.

qual a situação patrimonial do credor se o contrato tivesse sido regularmente cumprido⁽⁶²⁾; de outro lado, como uma das parcelas da equação é a situação atual do lesado, que certamente não se mantém temporalmente incólume, o dano indemnizável acaba por ser “uma entidade que continuamente pode modificar-se, aumentar ou diminuir, até ao momento tido por decisivo para o seu cálculo”⁽⁶³⁾.

Ao que nos realmente interessa, a *Differenztheorie* pressupõe que o ato ilícito se repercuta negativamente no património do lesado, afetando uma vantagem que lhe assistia ou que, de outro modo, seria adquirida. Por princípio, não pode haver responsabilidade sem dano⁽⁶⁴⁾ — o qual seria aferido, segundo a emanação tradicional desta fórmula, olhando-se estritamente para os efeitos da conduta ilícita sobre o património do lesado.

Escusado será referir que este axioma deixa descobertas várias situações onde, não obstante o incumprimento contratual colocar em causa o equilíbrio de interesses atingido pelas partes, ele não provoca nenhum desvalor no património do credor⁽⁶⁵⁾.

Uma *factispecie* destas situações pode ser ilustrada através do seguinte exemplo prático. Se o fornecedor de roupa utiliza mão-de-obra infantil na sua confeção, em violação do acordado com o comprador, o valor comercial da mercadoria não é necessariamente afetado. O incumprimento contratual seria inconsequente a nível indemnizatório. A jurisprudência anglo-saxónica confere-nos outros exemplos⁽⁶⁶⁾. Em *Coca-Cola Bottling Co. of Elizabethtown v. Coca-Cola Co.* (1993), o produtor de coca-cola utilizara um dulcificante económico em vez de açúcar de cana, mas a qualidade do produto final não fora comprometida. Em *Ruxley Electronics Ltd v. Forsyth* (1994), num litígio de consumo, um empreiteiro construiu uma piscina com profundidade ligeiramente inferior à prevista no contrato, naturalmente poupando tanto em recursos materiais como em força de trabalho, mas tal desconformidade não colocou em causa a segurança da piscina nem sequer afetou o seu valor comercial⁽⁶⁷⁾.

O comprador não pode peticionar nenhuma indemnização ao vendedor se o bem entregue, ainda que sem corresponder à descrição contratual, não

(62) NIVARRA, LUCA, *Lineamenti di Diritto delle Obligazioni*, cit., p. 132.

(63) PEREIRA COELHO, FRANCISCO, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, cit., p. 205.

(64) MOTA PINTO, PAULO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, cit., p. 536, ss.

(65) Note-se, aliás, que, muito embora o incumprimento contratual seja um facto gerador de uma perda, ele não é *per se* um dano (TREITEL, GUENTER, *The Law of Contract*, cit., p. 934).

(66) Referidos em SMORTO, GUIDO, *Il Danno da Inadempimento*, cit., pp. 46-47.

(67) TREITEL, GUENTER, *The Law of Contract*, cit., p. 947.

seja menos valioso que o objeto negocial⁽⁶⁸⁾. Ao não se verificar qualquer desfalque na situação patrimonial do credor apurável em termos aritméticos, a teoria da diferença ditaria que nenhum dano existe. Qualquer indemnização atribuída com base neste pressuposto estaria a liquidar danos meramente nominais⁽⁶⁹⁾.

2.1. O recurso à redução do preço?

Sempre se pode ripostar que o ordenamento consagra soluções alternativas para tais casos, sem ser necessário recorrer à ação de responsabilidade civil⁽⁷⁰⁾. O instituto da redução do preço poderia alcançar efeitos práticos semelhantes, ou pelo menos aproximados⁽⁷¹⁾, a uma putativa indemnização pela poupança de despesa⁽⁷²⁾.

Sabe-se como a faculdade contemplada no art. 911.º, n.º 1, não se confundindo com qualquer pretensão indemnizatória, se abstrai do princípio compensatório⁽⁷³⁾. Guiado por outro tipo de finalidades, o intérprete-

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*, pp. 934-935.

⁽⁶⁹⁾ SMORTO, GUIDO, *Il Danno da Inadempimento*, cit., p. 47. No Direito inglês admite-se a liquidação de danos meramente nominais, ainda que de valor extremamente reduzido: TREITEL, GUENTER, *The Law of Contract*, cit., p. 926.

⁽⁷⁰⁾ A posição não é líquida, havendo quem considere que também nestes casos a despesa poupada pela parte inadimplente pode ser um critério indiciário do montante que deve ser ressarcido. Neste sentido, para os casos de proibição de recurso a mão-de-obra infantil, BAŞ-SÜZEL, ECE, e KURTULAN-GÜNER, GOKÇE, “Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG”, *Nordic Journal of Commercial Law*, n.º 2, 2020, p. 30, e SAIDOV, DIAPHONGIR, *The Law of Damages in the International Sale*, Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 35. Consideramos, no entanto, que as situações de poupança de despesa e de obtenção de lucro ilícito (cf. *infra*) são fenomenologicamente diversas.

⁽⁷¹⁾ SIEMS, MATHIAS, “Disgorgement of Profits for Breach of Contract. A Comparative Analysis”, *Edinburgh Law Review*, Vol. VII, 2003, p. 37, alerta que o montante que deve ser reduzido não corresponde necessariamente à despesa que o devedor tenha poupado.

⁽⁷²⁾ SMORTO, GUIDO, *Il Danno da Inadempimento*, cit., pp. 68-69.

⁽⁷³⁾ Assim, qualificando a *quantum minoris* como uma mera redução proporcional do preço contratualizado, GORLA, GINO, “Considerazioni in Tema di Garanzia per i Vizi Redibitori”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano 11, n.º 3, 1957, p. 1275. Rejeitando igualmente que a redução do preço seja uma forma de compensação do dano, ROMANO MARTINEZ, PEDRO, *Contrato de Empreitada*, Coimbra: Almedina, 1994, p. 209 (= *Cumprimento Defeituoso. Em Especial, na Compra e Venda e na Empreitada*, Coimbra: Almedina, 1994, p. 405); e, na jurisprudência, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.01.2005, proc. n.º 04A4464. Contra, TEIXEIRA DE SOUSA, MIGUEL, “O Cumprimento Defeituoso e a Venda de Coisas Defeituosas”, in AA.VV., *Ab Uno ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 582-583, vê aqui um “*tertium genus* de indemnização” que se destinaria a reestabelecer o equilíbrio contratual das partes. Na ótica do Autor, seria uma indemnização aferida pelo “interesse contratual correctivo ou sinalagmático”.

julgador dispõe aqui de um importante instrumento jurídico que lhe permite impor “a conversão do negócio jurídico, corrigido, rectificado ou refeito através do restabelecimento da relação genética de correspondência económica entre prestação e contraprestação para garantir o sinagma funcional rompido *ab initio*”⁽⁷⁴⁾.

Atenta a forma fragmentária como o cumprimento defeituoso foi positivado no nosso ordenamento, o que obrigou a doutrina a generalizar as soluções contempladas para determinados contratos⁽⁷⁵⁾, a faculdade prevista no art. 911.º pode-se estender às demais hipóteses de cumprimento inexecuto do contrato⁽⁷⁶⁾. Esta ideia aparenta encontrar respaldo nas insígnies lições de BAPTISTA MACHADO⁽⁷⁷⁾. Subsequentemente, foi confirmada por ROMANO MARTINEZ, que vê nos arts. 911.º e 1222.º um afloramento da regra geral subjacente ao art. 802.º, n.º 1, 1.ª parte⁽⁷⁸⁾.

A operacionalidade deste instrumento não deverá depender de um desvalor objetivo da prestação, aferido segundo as regras de mercado⁽⁷⁹⁾. Se

(74) CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 33.

(75) Cf., por exemplo, ANTUNES VARELA, JOÃO DE MATOS, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, *cit.*, pp. 130-131, e BRANDÃO PROENÇA, JOSÉ CARLOS, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, *cit.*, p. 455, ss.

(76) Neste sentido, LUMINOSO, ANGELO, “Vendita”, in AA.VV., *Digesto delle Discipline Privativistiche. Sezione Civile*, 4.ª ed., Vol. XIX, Torino: UTET, 1998, p. 648, que considera a redução do preço uma declinação dos princípios gerais sobre contratos sinalagmáticos. Mas contra, não considerando ser o art. 911.º aplicável às demais situações de cumprimento defeituoso, TEIXEIRA DE SOUSA, MIGUEL, “O Cumprimento Defeituoso e a Venda de Coisas Defeituosas”, *cit.*, p. 583. Mais controvertidas são as hipóteses inversas, onde o agente obteve uma vantagem que, a ser adquirida legitimamente, teria uma contrapartida monetária. Em *Wrotham Park* (1974), um empreiteiro edificou uma série de construções no seu terreno sem obter prévia autorização da autarquia, como exigível ao abrigo de uma *covenant* (CUNNINGTON, RALPH, “The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract”, *The Modern Law Review*, Vol. LXXI, n.º 4, 2008, pp. 561-562). Como os terrenos não sofreram qualquer desvalorização pela construção das casas, a atribuição de uma indemnização aferida à luz da teoria da diferença seria nominal (BURROWS, ANDREW, *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 134). Optou-se por uma *hypothetical bargain approach*. O Tribunal considerou que o empreiteiro poderia ter evitado o incumprimento contratual de duas formas: ou optando por não construir de todo ou procurando uma autorização da autarquia. Como esta autorização pelo relaxamento da *covenant* teria, em condições de normalidade, uma contrapartida financeira, esta fora atribuída à autarquia a título de indemnização. Esta quantia, na realidade, representaria o valor objetivo do benefício adquirido pelo lesante (CUNNINGTON, RALPH, “The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract”, *cit.*, p. 567), correspondendo ao que o credor poderia ter razoavelmente exigido pelo relaxamento da *covenant* (BURROWS, ANDREW, *A Restatement of the English Law of Contract*, *cit.*, p. 134).

(77) BAPTISTA MACHADO, JOÃO, “Acordo Negocial e Erro na Venda de Coisas Defeituosas”, *Obra Dispersa*, Vol. I, *cit.*, p. 118.

(78) ROMANO MARTINEZ, PEDRO, *Cumprimento Defeituoso. Em Especial, na Compra e Venda e na Empreitada*, *cit.*, p. 407.

(79) Esta exigência aparenta estar subjacente em *ibidem*, p. 162, ao requerer “que o cumpri-

assim fosse, o caso da construção de uma piscina com profundidade inferior à prevista seria inconsequente. Ao estarmos diante um “modo de reposição da justiça contratual entre as prestações”⁽⁸⁰⁾, basta apenas que se possa concluir que a prestação, nos termos em que fora realizada, representa um desvio ao objeto negocial, provocando uma rutura do equilíbrio contratual que, em homenagem ao *pacta sunt servanda*, incumbe corrigir⁽⁸¹⁾.

Partindo do tubo de ensaio que é a compra e venda, entre o pagamento do preço e a entrega do bem existe uma correspondência económica (*rapporto di corrispettività economica*)⁽⁸²⁾. O preço acordado não espelha o corresponsivo de qualquer conduta humana, mas daquela *concreta prestação* a que o vendedor se vinculou, dotada das especificidades constantes do programa contratual⁽⁸³⁾. Será porque as qualidades são *devidas* que surge o direito do comprador à redução do preço e o dever do vendedor de a aceitar⁽⁸⁴⁾.

Não nos querendo comprometer com quaisquer das teorias da determinação do montante a reduzir, a poupança de despesas resultante do incumprimento pode ser um parâmetro para a determinação do que fora pago em excesso relativamente ao valor de mercado da prestação efetivamente executada⁽⁸⁵⁾. Alternativamente, o programa contratual poderá permitir concluir que a realização da prestação nos exatos termos em que foi configurada teve por corresponsivo o pagamento de uma verba adicional (*premium*)⁽⁸⁶⁾, cuja restituição deverá ser reclamada.

mento inexacto implique uma perda de valor da prestação efectuada”. De notar que em *ibidem*, pp. 408-410, o Autor entende que o *quantum* a reduzir será determinado pela diferença entre o preço acordado e o valor objetivo da coisa com defeito.

⁽⁸⁰⁾ CARNEIRO DA FRADA, MANUEL A., “Perturbações Típicas do Contrato de Compra e Venda”, in MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO (coord.), *Direito das Obrigações*, Vol. II, 2.^a ed., Lisboa: AAFDL, 1991, p. 76.

⁽⁸¹⁾ Assim, considerando que a “redução do preço encontra o seu fundamento numa equivalência das prestações”, cf. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.01.2005, proc. n.º 04A4464. De igual modo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26.11.2019, proc. n.º 5402/17.0T8CBR.C1.

⁽⁸²⁾ LIPARI, MARCO, Anotação ao Art. 1492.º, in RUPERTO, CESARE (coord.), *La Giurisprudenza sul Codice Civile Coordinata con la Dottrina*, Livro IV, Tomo V, Milano: Giuffrè, 2005, p. 3063.

⁽⁸³⁾ Cf. SCHWENZER, INGEBORG, e HACHEM, PASCAL, “The Scope of the CISG Provisions on Damages”, in SAIDOV, DJAKHONGIR, e CUNNINGTON, RALPH (coord.), *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Oxford: Hart Publishing, 2008, pp. 94-95, embora enquadrem estas situações na responsabilidade civil.

⁽⁸⁴⁾ BAPTISTA MACHADO, JOÃO, “Acordo Negocial e Erro na Venda de Coisas Defeituosas”, *cit.*, p. 118.

⁽⁸⁵⁾ Neste sentido, SMORTO, GUIDO, *Il Danno da Inadempimento*, *cit.*, p. 61, embora deslocando o raciocínio para a tutela ressarcitória.

⁽⁸⁶⁾ Esse *premium* é comum onde for estipulada uma obrigação secundária de proibição de recurso a mão-de-obra infantil. Ao ser violada essa proibição, o valor do referido *premium* deve ser

Qualquer que seja o método prosseguido, o objetivo final será sempre o de repor o equilíbrio contratual. Em último caso, a nossa jurisprudência já afirmou que a prossecução dessa finalidade poderá realizar-se através de um juízo de equidade⁽⁸⁷⁾.

3. O problema do lucro ilícito

PINTO OLIVEIRA adverte como a teoria da diferença envolve uma simplificação das funções da responsabilidade civil, decifrando-as na simples missão de reparação de um dano⁽⁸⁸⁾. A determinação do *quantum* indemnizatório seria uma operação meramente aritmética, desacoplada de quaisquer preocupações de ordem valorativa⁽⁸⁹⁾.

Sabemos, porém, que a tutela indemnizatória não se exaure na simples reparação do dano. A função reparadora explica muitos aspetos da sua fisionomia⁽⁹⁰⁾, nomeadamente o facto de o dano figurar não só como medida, mas sobretudo como limite da indemnização⁽⁹¹⁾. Sem prejuízo, deteta-se na literatura jurídica uma crescente atenção perante a função preventiva que a obrigação indemnizatória é (também) chamada a cumprir⁽⁹²⁾: abdicando da sua veste de puro instrumento de compensação da perda patrimonial, esta seria, antes de mais, um meio de resguardo do

restituído. Do mesmo modo, se o comprador pagou para que a coisa viesse com determinadas especificidades (por exemplo, uma determinada cor), o preço contratual deverá ser reduzido para aquele que seria devido caso nenhuma especificidade fosse acordada. BIANCA, C. MASSIMO, *La Vendita e la Permuta*, 2.^a ed., Torino: UTET, 1993, p. 955, não admite o exercício da redução do preço, dado que a falta da especificidade não altera o valor de mercado do bem. O mesmo juízo, excessivamente reducionista, é protagonizado por DANNEMANN, GERHARD, e SCHULZE, REINER, *German Civil Code. Article-by-Article Commentary*, cit., p. 772. Parece igualmente estar subjacente ao sumariado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.05.2010, proc. n.º 1074/2002.S1, onde se refere que a redução do preço “encontra a sua justificação na diminuição do valor da coisa adquirida”.

(87) Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26.11.2019, proc. n.º 5402/17.OT 8CBR.C1, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10.05.2004, proc. n.º 0452150, e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.06.2007, proc. n.º 07A1651.

(88) PINTO OLIVEIRA, NUNO MANUEL, *Princípios de Direito dos Contratos*, cit., p. 687. No mesmo sentido, PEREIRA COELHO, FRANCISCO, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, cit., p. 205.

(89) PINTO OLIVEIRA, NUNO MANUEL, *Princípios de Direito dos Contratos*, cit., p. 689.

(90) Cf. MIRANDA BARBOSA, MAFALDA, *Lições de Responsabilidade Civil*, cit., pp. 44-45.

(91) MARKESINIS, BASIL, *The German Law of Contract*, cit., p. 443.

(92) Cf., embora direcionado à responsabilidade extracontratual, MIRANDA BARBOSA, MAFALDA, *Lições de Responsabilidade Civil*, cit., pp. 46-50.

pacta sunt servanda⁽⁹³⁾ e de desencorajamento do incumprimento contratual⁽⁹⁴⁾.

Tal *deterrent effect*, como vem designado além-fronteiras, claudica onde o lucro que o devedor obteria através do incumprimento contratual (nomeadamente pela celebração de uma transação alternativa) supera o valor do dano que será chamado a ressarcir. Um tal cálculo, aliás, encontra-se facilitado através de cláusulas de fixação antecipada da indemnização. Esta situação de incumprimento eficiente do contrato⁽⁹⁵⁾ apenas se desenrola pressupondo-se não dispor o credor de meios que o habilitem a reverter o lucro obtido pela parte inadimplente. Tal pressuposto não se encontra isento de dúvidas, havendo quem questione se é “justo atribuir ao titular do direito ilícita e culposamente violado o lucro alcançado pelo interventor”⁽⁹⁶⁾.

3.1. O tratamento do problema no âmbito do enriquecimento sem causa. O caso particular do promitente-adquirente que haja obtido a *traditio* da coisa

Os casos *sub judice* solucionar-se-iam ao desvendar-se uma autónoma pretensão restitutória a cabo do credor. Contrariamente à tutela indemnizatória, o propósito desta não seria compensar o lesado do dano que haja sofrido, mas privar o interventor de um benefício injusto⁽⁹⁷⁾. Ao atender-se à mudança na posição económica da parte incumpridora⁽⁹⁸⁾, este mecanismo permite repor o seu património ao estado em que estaria caso o contrato não tivesse sido infringido.

Muito embora o Direito luso preveja um princípio geral de repressão do enriquecimento sem causa (art. 473.º, n.º 1), este instituto é inconsen-

⁽⁹³⁾ SCHWENZER, INGEBOG, e HACHEM, PASCAL, “The Scope of the CISG Provisions on Damages”, *cit.*, pp. 100-101.

⁽⁹⁴⁾ Entendendo, aliás, que nenhuma interação contratual seria verdadeiramente possível sem a “ameaça” da responsabilidade contratual, SAIDOV, DIAKHONGIR, *The Law of Damages in the International Sale*, *cit.*, p. 18.

⁽⁹⁵⁾ A problemática surgiu da análise económica do Direito. Para uma abordagem geral, cf. MOTA PINTO, PAULO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, *cit.*, p. 366, ss.

⁽⁹⁶⁾ PINTO OLIVEIRA, NUNO MANUEL, *Princípios de Direito dos Contratos*, *cit.*, p. 762.

⁽⁹⁷⁾ TREITEL, GUENTER, *The Law of Contract*, *cit.*, p. 941.

⁽⁹⁸⁾ BAŞ-SÜZEL, ECE, e KURTULAN-GÜNER, GOKÇE, “Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG”, *cit.*, p. 21.

quente se não se demonstrar que o devedor que lucra através do incumprimento não só o faz “sem causa justificativa”⁽⁹⁹⁾ como sobretudo “à custa de outrem”. Surgem aqui as principais dificuldades⁽¹⁰⁰⁾. O desvalor representado pelo incumprimento tem o alcance próprio da relatividade do contrato, não podendo ser encarado como uma ofensa *tout court* ao ordenamento jurídico. Por outro lado, é duvidoso que toda a vantagem obtida pelo devedor espelhe um empobrecimento do credor: a sua posição creditícia não se pode equiparar a um direito real, que representa uma afetação estável e oponível *erga omnes* de uma determinada utilidade a um sujeito.

Apenas num caso particular — no contrato-promessa com tradição da coisa (art. 442.º, n.º 2, 2.ª parte)⁽¹⁰¹⁾ — permite o legislador que o promitente-adquirente reclame do promitente-faltoso o diferencial entre o valor objetivo da coisa ao tempo do incumprimento e o preço convencionado.

O preceito, como se vem notando, tem por efeito prático alocar ao promitente-fiel a mais-valia que o promitente-faltoso obtivera mediante a alienação definitiva da coisa a um terceiro⁽¹⁰²⁾, impedindo que possa lucrar com a espiral inflacionista⁽¹⁰³⁾. A quebra com o método de cálculo concreto do dano é notória, optando-se antes por uma fórmula abstrata e objetiva⁽¹⁰⁴⁾. A doutrina qualifica esta verba como uma indemnização⁽¹⁰⁵⁾. A distância para com o critério do art. 566.º, n.º 2 — na medida em que o valor do bem é cristalizado ao momento do incumprimento do contrato-promessa e não ao tempo em que a indemnização é reclamada —, levanta-nos algumas dúvidas.

⁽⁹⁹⁾ Recordemos a lição de LEITE DE CAMPOS, DIOGO, *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, reimp., Coimbra: Almedina, 2003, p. 431: “Com efeito, *causa* (ou *injusto*) é em si própria um conceito indeterminado, dado que, implicando a necessidade de um juízo de valor (embora jurídico), não permite uma rigorosa definição do seu conteúdo”.

⁽¹⁰⁰⁾ No entanto, SMORTO, GUIDO, *Il Danno da Inadempimento*, cit., pp. 60-61.

⁽¹⁰¹⁾ No sentido da aplicação da norma a todos os contratos-promessa de alienação de um bem e não apenas aos abrangidos pelo art. 410.º, n.º 3, ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO, *Direito das Obrigações*, cit., p. 431.

⁽¹⁰²⁾ Para BRANDÃO PROENÇA, JOSÉ CARLOS, *Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 151, o estímulo ao incumprimento mantém-se “desde que o promitente-vendedor transaccione o bem por um preço superior ao (eventual) aumento de valor objectivo da coisa”. No entanto, o valor da transação, em condições de normalidade, será o melhor indicador do valor objetivo da coisa.

⁽¹⁰³⁾ De “motivos especulativos e contrários à boa fé” fala ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO, *Direito das Obrigações*, cit., p. 431.

⁽¹⁰⁴⁾ BRANDÃO PROENÇA, JOSÉ CARLOS, *Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral*, cit., p. 150.

⁽¹⁰⁵⁾ ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO, *Direito das Obrigações*, cit., p. 433, e ANTUNES VARELA, JOÃO DE MATOS, *Sobre o Contrato-Promessa*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 141.

Nem cremos estar aqui presente, como defendido por certa doutrina⁽¹⁰⁶⁾, uma materialização do princípio da proibição do enriquecimento sem causa. O art. 442.º, n.º 2, 2.ª parte, não pressupõe necessariamente (embora seja esta a situação prática mais comum) a celebração de um contrato definitivo incompatível com o contrato-prometido⁽¹⁰⁷⁾, sendo concebíveis outras formas de incumprimento⁽¹⁰⁸⁾: certamente que em caso de destruição da coisa imputável ao promitente-alienante se encontra vedado falar-se num eventual locupletamento deste à custa do promitente-fiel.

Conforme resulta dos registos históricos, o legislador do Decreto-Lei n.º 236/80 constatou como a ameaça da restituição do sinal em dobro, diante a subida exponencial do preço dos imóveis, degeneraria numa sanção platónica e facilmente ilidível⁽¹⁰⁹⁾. Optou, assim, por uma medida *ad hoc*, não necessariamente comprometida com qualquer modelo dogmático, que consiste em privar o promitente-alienante do lucro que obteria com a alienação do bem a um terceiro. Certo que o aumento do valor a que o legislador alude é o valor objetivo da coisa ao momento do incumprimento, mas este tenderá (sobretudo na ausência de outros elementos) a coincidir com o valor pelo qual a coisa foi alienada.

A situação contemplada, surgindo num particular contexto económico, é excecional e, por efeito, insuscetível de aplicação analógica (art. 11.º).

O legislador, recetivo às necessidades de proteção do adquirente de casa para habitação própria, facultou ao promitente-adquirente esta pretensão corretiva atenta a sua especial situação jurídica, fortalecida pela ocorrência da tradição da coisa e, frequentemente, pelo pagamento da quase totalidade do preço. Tal *traditio* aproxima-o da propriedade da coisa⁽¹¹⁰⁾ — o que, na ótica legislativa, justifica que o credor possa perseguir o seu valor.

⁽¹⁰⁶⁾ PINTO OLIVEIRA, NUNO MANUEL, *Princípios de Direito dos Contratos*, cit., p. 757, e MENEZES LEITÃO, LUIS, *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., p. 238.

⁽¹⁰⁷⁾ No sentido de defender o alcance desta “indemnização” aos simples casos de mora no cumprimento, MENEZES LEITÃO, LUIS, *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., p. 237, e RIBEIRO DE FARIA, JORGE, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 282.

⁽¹⁰⁸⁾ Para um relance, cf. PRATA, ANA, *O Contrato-Promessa e seu Regime Civil*, cit., p. 687, ss.

⁽¹⁰⁹⁾ FALCÃO, JOSÉ, DIOGO, “Súmula sobre o Incumprimento do Contrato-Promessa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 74, Vol. III/IV, 2014, p. 924.

⁽¹¹⁰⁾ Afirmando que com a tradição constitui-se “uma situação de facto análoga à que resultaria da execução do contrato prometido”, GALVÃO TELLES, INOCÊNCIO, *Direito das Obrigações*, cit., p. 158. De notar que o promitente-comprador, assim que tenha obtido a tradição da coisa, tem de proceder ao pagamento do IMT [art. 2.º, n.º 2, al. a), do CIMT]. Como explica SOARES FATELA, MARIA, *A Locação Financeira Imobiliária e os Direitos Reais*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 329, “a tradição da coisa, do ponto de vista fiscal, integra o conceito de transmissão da propriedade, ou seja, há uma ficção legal de que esta ocorre com a tradição e não com a celebração do contrato definitivo”.

O alargamento desta parcial sequência do direito do promitente-adquirente a outras situações jurídicas, ainda que dificilmente defensável diante os dados legais vigentes, tem sido sufragada por certa jurisprudência italiana. Já se sugeriu encarar a posição subjetiva da parte lesada como um *property right* ainda que, “em homenagem a uma longa tradição interpretativa, se continue a falar de ressarcimento do dano”⁽¹¹¹⁾. Uma tal proposta alarga a tutela restitutória e reintegrativa, tipicamente reservada aos direitos reais, a determinadas *situazioni giuridiche finali* caracterizadas por uma relação imediata entre o sujeito e o bem que constitui o objeto do direito. Esta especial tutela, no entender de SMORTO, seria justificada pela “evidente analogia destes créditos *in re certa* (entendidos como instrumentos que tendem a assegurar ao credor os benefícios derivados da coisa) com os direitos reais”⁽¹¹²⁾.

3.2. Os *gain-based damages*

A pretensão indenizatória, por princípio, desinteressar-se-á pelo lucro obtido pela parte incumpridora. O *plafond* da indemnização é dado pelo prejuízo sofrido pelo credor. As vantagens obtidas pelo devedor não concorrem para o apuramento da *quantum* indenizatório⁽¹¹³⁾. Ainda que o lucro do devedor seja superior ao dano infligido ao credor, aquele não pode ser tido em conta como métrica da indemnização: o princípio compensatório impede que o lesado seja colocado em melhor posição do que estaria caso não ocorresse o incumprimento⁽¹¹⁴⁾; ora, alocar ao credor a verba obtida pelo devedor terá a tendência de sobrecompensar a parte⁽¹¹⁵⁾, além de ter uma clara carga sancionatória e punitiva que não se encontra subjacente à axiologia da obrigação indenizatória.

Resta equacionar se as vantagens adquiridas pela parte inadimplente não poderão relevar como critério de aferição do dano — e apenas nessa medida — onde prova mais direta não seja possível ou exigível. Permitir

⁽¹¹¹⁾ SMORTO, GUIDO, *Il Danno da Inadempimento*, cit., pp. 59 e 63, ss.

⁽¹¹²⁾ *Ibidem*, p. 64, tradução livre.

⁽¹¹³⁾ MARKESINIS, BASIL, *The German Law of Contract*, cit., p. 443.

⁽¹¹⁴⁾ BAŞ-SÜZEL, ECE, e KURTULAN-GÜNER, GÖKÇE, “Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG”, cit., p. 25.

⁽¹¹⁵⁾ DJORDJEVIĆ, MILENA, Anotação ao Art. 74.º, cit., pp. 978-979, e MUÑOZ, EDGARDO, e AMENT-GUEMEZ, DAVID OBEY, “Calculation of Damages on the Basis of the Breaching Party’s Profits Under the CISG”, *Journal of International Commercial Law*, Vol. VIII, n.º 2, 2017, p. 206.

que o intérprete-aplicador atenda ao lucro obtido pelo agente como bitola para a fixação da indemnização (*gain-based damages*) é diferente de autorizar que através da obrigação indemnizatória se permita, sem mais, o resgate (*disgorgement*) do lucro ilícito, algo que o nosso ordenamento jurídico não permite. O resultado prático pode eventualmente ser o mesmo, mas a ciência jurídica pouco teria a ganhar através do manuseamento inopinado dos institutos.

A deslocação automática ao lesado dos ganhos obtidos pela contraparte aparece como algo de estranho ao funcionamento da responsabilidade civil. A recusa das indemnizações punitivas confirma-o. Mas nenhuma brecha ao princípio compensatório existe se nos limitarmos a ver nesses ganhos um critério indiciário para a contabilização do dano⁽¹¹⁶⁾. Mantemo-nos no campo da indemnização “enquanto se tratar de ressarcir o credor dos danos efectivamente sofridos, ainda que o tribunal aceite os lucros do devedor como índice ou critério de avaliação dos danos infringidos ao credor”⁽¹¹⁷⁾.

Esta é a solução propugnada no art. 6:104 do Código Civil dos Países Baixos, que permite que o lesado solicite ao Tribunal que o seu dano seja estimado em linha com o ganho que a contraparte haja obtido através da prática do ato ilícito.

No Direito inglês divisam-se opiniões semelhantes. TREITEL diz-nos que, muito embora os danos se calculem com base na perda do lesado e não no ganho do lesante, algumas exceções existem onde “não há dúvidas que a parte incumpridora deverá entregar à contraparte os ganhos resultantes do incumprimento”⁽¹¹⁸⁾: celebrado um contrato de compra e venda de um imóvel, o vendedor é considerado um mero *trustee* do comprador, pelo que, em caso de revenda a terceiro, o comprador pode reclamar o lucro dessa revenda; o lucro deve igualmente ser um parâmetro de fixação da indemnização onde tiver

(116) O problema dos *gain-based damages* tem sido abordado na jurisprudência anglo-saxónica (para dados sumários, EICHER, FLORENCE, “*Pacta Sunt Servanda: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG*”, *LSE Law Review* n.º 3, 2018, pp. 36-37), ainda que estes sejam vistos como uma solução subsidiária ou suplementar às já existentes (BAŞ-SÜZEL, ECE, e KURTULAN-GÜNER, GOKÇE, “*Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG*”, *cit.*, p. 28). O caso mais célebre é *Att Gen v. Blake* (2001), onde um duplo-agente soviético que infiltrou as secretas britânicas publicara uma autobiografia. Inconformada, a Coroa britânica moveu uma ação judicial para impedir que o antigo trabalhador pudesse receber mais *royalties*, invocando para tanto o incumprimento do contrato de trabalho. O Tribunal julgou a ação procedente, fixando a indemnização em montante equivalente ao que Blake recebera e continuaria a receber da editora (CUNNINGTON, RALPH, “*The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract*”, *cit.*, p. 568).

(117) CARNEIRO DA FRADA, MANUEL A., *Direito Civil — Responsabilidade Civil/O método do caso*, reimp., Coimbra: Almedina, 2010, p. 71.

(118) TREITEL, GUENTER, *The Law of Contract*, *cit.*, p. 928, tradução livre.

havido uma utilização ilícita da informação confidencial ou *know-how* da contraparte, bem como nos casos em que o incumprimento contratual importar a violação de uma obrigação fiduciária, como seria o agente comercial que aceita um suborno ou vende a sua própria propriedade ao principal⁽¹¹⁹⁾.

Em exegese ao art. 74.º da CISG, tratadistas como SAIDOV sugerem que os lucros da parte incumpridora poderão ser uma referência relevante para se assegurar a eficácia compensatória da obrigação indemnização⁽¹²⁰⁾. A circunstância de o aludido preceito se focar “*on the loss of the victim only, not the possible gain or loss of the breaching party*”⁽¹²¹⁾ não se revela fatal, já que a CISG não consagra nenhum método de cálculo do dano⁽¹²²⁾. A relevância do lucro para efeitos indemnizatórios surge ainda consonante com o princípio da boa-fé (art. 7.º, n.º 1)⁽¹²³⁾, que certa doutrina entende poder ser perfilado como uma declinação da proibição geral de comportamentos oportunistas. Alega-se igualmente que, prosseguindo as normas da Convenção de Viena um *deterrent effect*, o art. 74.º deve ser interpretado no sentido que melhor permita desincentivar o inadimplemento — pois, de outro modo e segundo se faz constar, não só o valor social da promessa ficaria mortalmente ferido⁽¹²⁴⁾ como se correria o risco de se tornar o princípio da integral reparação do dano numa diretiva caduca⁽¹²⁵⁾.

Ainda que aparentemente não exista nenhuma relação direta entre o prejuízo sofrido por uma parte e os benefícios obtidos pela contraparte, estes *reflecting gains* podem ser imprescindíveis para se assegurar a finalidade compensatória da obrigação indemnizatória⁽¹²⁶⁾. Mister é que nestas situações o dano verdadeiramente exista e que apenas atendendo aos

⁽¹¹⁹⁾ *Ibidem*, p. 928.

⁽¹²⁰⁾ SAIDOV, DJAKHONGIR, *The Law of Damages in the International Sale*, cit., p. 33.

⁽¹²¹⁾ EICHER, FLORENCE, “*Pacta Sunt Servanda: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG*”, cit., p. 32.

⁽¹²²⁾ *Ibidem*, p. 32. Para DJORDJEVIĆ, MILENA, Anotação ao Art. 74.º, cit., p. 978, assumir que o benefício recebido pelo devedor é uma aproximação adequada ao dano da contraparte “*is an assumption too far stretched against the clear wording of the Convention*”. Segundo a Autora, independentemente do quão difícil for para o credor provar a sua perda, o lucro obtido pela parte inadimplente não deve de modo algum representar uma hipotética transação alternativa através da qual se permita contabilizar os danos.

⁽¹²³⁾ MUÑOZ, EDGARDO, e AMENT-GUEMEZ, DAVID OBEY, “Calculation of Damages on the Basis of the Breaching Party’s Profits Under the CISG”, cit., p. 205.

⁽¹²⁴⁾ EICHER, FLORENCE, “*Pacta Sunt Servanda: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG*”, cit., p. 34.

⁽¹²⁵⁾ *Ibidem*, p. 34. Algo próximo, defendendo que, se a desconsideração do lucro obtido pela contraparte conduzir a uma subcompensação do lesado, ele deverá ser contabilizado, BAŞ-SÜZEL, ECE, e KURTULAN-GÜNER, GOKÇE, “Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG”, cit., p. 25.

⁽¹²⁶⁾ MUÑOZ, EDGARDO, e AMENT-GUEMEZ, DAVID OBEY, “Calculation of Damages on the Basis of the Breaching Party’s Profits Under the CISG”, cit., pp. 208-209.

lucros obtidos pelo devedor se possa quantificá-lo aproximadamente⁽¹²⁷⁾. Destarte, esta operação apenas se justificará dentro dos limites do dano sofrido⁽¹²⁸⁾ e sem ignorar o dever de mitigação que assiste ao lesado⁽¹²⁹⁾.

3.2.2. Revenda a preço maior

O problema da relevância do lucro ilícito tem sido abordado a respeito dos casos de revenda do bem a preço maior. Uma análise articulada dos §§ 285 e 326.º, n.º 3, ambos do BGB, permite ao comprador, em caso de revenda de um bem único ou não fungível, exigir do vendedor a prestação substitutiva, isto é, os lucros obtidos pela parte incumpridora⁽¹³⁰⁾. Muito embora esta solução possa ser encarada como uma materialização do *commodum ex negotiatione*⁽¹³¹⁾, será possível alcançar um resultado prático semelhante através da obrigação indenizatória.

Os bens infungíveis⁽¹³²⁾, mercê da sua natureza única e irrepetível, impedem o comprador de recorrer ao mercado para realizar uma compra alternativa (*cover purchase*) cuja custo adicional em relação ao negócio incumprido, por princípio, será a métrica para o cômputo do dano⁽¹³³⁾.

(127) *Ibidem*, p. 209. SAIDOV, DJAKHONGIR, *The Law of Damages in the International Sale*, *cit.*, p. 34, verifica como tanto a doutrina como jurisprudência têm admitido esta solução onde quer que a parte lesada tenha um interesse legítimo em prevenir que a parte responsável beneficie do seu incumprimento e que este inadimplemento resulte de dolo ou seja cometido em má-fé. Igualmente reconhecendo que os *disgorgement damages* pressupõem, pelo menos, que o lesante tenha cometido deliberadamente o incumprimento contratual, antecipando que lucraria através dele, BURROWS, ANDREW, *A Restatement of the English Law of Contract*, *cit.*, p. 136.

(128) EICHER, FLORENCE, “*Pacta Sunt Servanda: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG*”, *cit.*, p. 34.

(129) MUÑOZ, EDGARDO, e AMENT-GUEMEZ, DAVID OBEY, “Calculation of Damages on the Basis of the Breaching Party’s Profits Under the CISG”, *cit.*, pp. 212-213.

(130) A doutrina tem justificado esta solução assumindo que entre o comprador e o vendedor existe uma relação de confiança que determina que, havendo alienação do bem a um segundo comprador, quaisquer lucros devem ser atribuídos ao primeiro comprador (KÖTZ, HEIN, *European Contract Law*, *cit.*, pp. 270-271). Atento que no Direito alemão a compra e venda tem efeitos meramente obrigacionais (cf. AURELIANO, NUNO, *O Risco nos Contratos de Alienação*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 202), a solução consagrada assemelha-se àquela que vemos consagrada no art. 442.º, n.º 2.

(131) SIEMS, MATHIAS, “Disgorgement of Profits for Breach of Contract. A Comparative Analysis”, *cit.*, pp. 36-37.

(132) MUÑOZ, EDGARDO, e AMENT-GUEMEZ, DAVID OBEY, “Calculation of Damages on the Basis of the Breaching Party’s Profits Under the CISG”, *cit.*, p. 209, e BAŞ-SÜZEL, ECE, e KURTULAN-GÜNER, GÖKÇE, “Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG”, *cit.*, p. 24.

(133) Reconhecendo a admissibilidade desta linha de raciocínio no Direito português, MOTA PINTO, PAULO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, *cit.*, pp. 1678 e 1688.

Pelas mesmíssimas razões, não existem indicadores objetivos a que se podem recorrer para determinar fielmente o valor da coisa. Diante estas dificuldades, a intuição de determinada literatura tem sido a de ver no preço de revenda uma soma “igual à perda que o credor sofreu”⁽¹³⁴⁾.

Justificações económicas existem para sustentar esta equiparação. Na típica relação de compra e venda, o comprador assume o risco de diminuição futura do preço da mercadoria ao passo que o vendedor assume o risco inverso. Se o vendedor, incumprindo o contrato, proceder à revenda da mercadoria a um preço superior, ele priva o comprador original da oportunidade de obter uma valorização no seu património. Tal oportunidade corresponde ao seu *expectation interest*. Assumindo-se como diretiva geral que ao credor deve ser consignada uma indemnização correspondente à expectativa contratual frustrada (*unrealized contractual expectation*), compreende-se que o valor de revenda possa ser atendido no momento da quantificação da obrigação indemnizatória⁽¹³⁵⁾. O devedor, não obstante, sempre disporá da faculdade de demonstrar que o concreto valor de revenda é superior ao valor de mercado da coisa.

Questiona-se a adequação desta métrica aos casos onde os bens, embora dotados de natureza fungível, não são substituíveis por força de circunstancialismos especiais⁽¹³⁶⁾.

Num célebre caso onde, diante do advento de uma guerra, uma empresa israelita não pôde realizar uma *cover purchase* perante o incumprimento deliberado do seu fornecedor alemão, o Tribunal permitiu que a compradora reclamasse o lucro da revenda. O principal argumento baseou-se num tratamento igual dos *contractual rights* com os *property rights* diante o princípio da repressão do enriquecimento sem causa⁽¹³⁷⁾. Não obstante, sem nos escaparmos da tutela indemnizatória, é defensável ver no valor de revenda um ponto de partida na quantificação da perda sofrida pelo comprador⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁴⁾ *Ibidem*, pp. 24-25, tradução livre. Ainda mais explícito, considerando que o preço de revenda será um indicador do valor do bem ao tempo do incumprimento contratual, SCHWENZER, INGEBORG, e HACHEM, PASCAL, “The Scope of the CISG Provisions on Damages”, *cit.*, p. 101. No sentido de que “[where] the goods have actually been resold, the resale price is evidence of their value, but not conclusive evidence”, TREITEL, GUENTER, *The Law of Contract*, *cit.*, p. 953.

⁽¹³⁵⁾ MUÑOZ, EDGARDO, e AMENT-GUEMEZ, DAVID OBEY, “Calculation of Damages on the Basis of the Breaching Party’s Profits Under the CISG”, *cit.*, pp. 209-210.

⁽¹³⁶⁾ Para EICHER, FLORENCE, “*Pacta Sunt Servanda*: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG”, *cit.*, p. 38, nenhuma distinção deverá ser feita entre bens genéricos e bens específicos.

⁽¹³⁷⁾ SIEMS, MATHIAS, “Disgorgement of Profits for Breach of Contract. A Comparative Analysis”, *cit.*, p. 41.

⁽¹³⁸⁾ BAŞ-SÜZEL, ECE, e KURTULAN-GÜNER, GOKÇE, “Availability of the Disgorgement of Profits Under the CISG”, *cit.*, p. 26.

3.2.2. Violação de deveres secundários

Um outro setor onde o lucro alcançado pelo devedor tem vindo a ser erigido em parâmetro relevante para determinação do dano causado pelo inadimplemento é na violação de obrigações secundárias (nomeadamente, proibições de comercialização do produto em mercados concorrenciais).

No ensejo de melhor cristalizar os requisitos necessários a permitir que o lucro ilícito seja contabilizado na pretensão indemnizatória, EICHER apresenta-nos⁽¹³⁹⁾ três exigências: (i) ocorrência de um incumprimento unilateral; (ii) obtenção de um lucro tangível pela parte incumpridora; (iii) existência de uma relação causal entre o lucro alcançado pelo devedor e o dano infligido ao credor, no sentido de aquele nunca poder ter sido gerado sem o ato de incumprimento. Como limite de ordem negativo, a alocação do lucro não pode revestir um escopo punitivo⁽¹⁴⁰⁾, apenas se justificando na estrita medida em que sirva o princípio compensatório.

Em aplicação destes critérios, tendo uma parte celebrado um contrato sem qualquer intenção de o cumprir, pretendendo apenas aceder ao *know-how* da contraparte transmitido durante o contacto negocial, deverá ser concedida uma indemnização correspondente aos lucros que a parte infiel obteve através da comercialização de produtos concorrentes com recurso à informação confidencial⁽¹⁴¹⁾; e se ao abrigo de um contrato de fornecimento tiver sido estipulada uma obrigação secundária de proibição de revenda num mercado concorrente, o adquirente que haja preterido essa proibição deve ressarcir o fornecedor no montante equivalente ao lucro que obtivera através da comercialização dos artigos⁽¹⁴²⁾.

(139) Seguimos EICHER, FLORENCE, “*Pacta Sunt Servanda: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG*”, *cit.*, p. 38.

(140) *Ibidem*, p. 40.

(141) SAIDOV, DJAKHONGIR, *The Law of Damages in the International Sale*, *cit.*, p. 34. Num outro caso, relatado em MUÑOZ, EDGARDO, e AMENT-GUEMEZ, DAVID OBEY, “Calculation of Damages on the Basis of the Breaching Party’s Profits Under the CISG”, *cit.*, pp. 210-212, demonstrando-se que o comprador nunca teve qualquer interesse em cumprir o contrato, tendo a sua celebração sido um mero subterfúgio para aceder ao *know-how* da contraparte, fora atribuída ao vendedor uma indemnização correspondente ao lucro que o comprador obtivera através da comercialização de produtos por si fabricados com recurso a tal *know-how*.

(142) SAIDOV, DJAKHONGIR, *The Law of Damages in the International Sale*, *cit.*, p. 35.

3.3. Solução ao abrigo do Direito português. Conclusão

Permitir o resgate *qua tale* do lucro ilícito através da obrigação indemnizatória seria reconhecer-lhe um cariz punitivo, afastando-o da sua missão predominantemente ressarcitória. A sede dogmática para essa (eventual) deslocação é, antes, o enriquecimento sem causa⁽¹⁴³⁾. Resta saber se será admissível no Direito português vigente uma solução similar ao art. 6:104 do Código Civil dos Países Baixos, qual a da estimativa do dano através das vantagens obtidas pelo agente responsável.

A resposta seria, diante o ensinamento tradicional, negativa. Nem no art. 563.º nem no art. 564.º, n.º 1, as vantagens decorrentes do ato ilícito são expressamente tidas em consideração. Do mesmo modo, é defensável que a “situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”, como refere o art. 562.º, é a situação que existiria no património do credor⁽¹⁴⁴⁾.

Sucede que nenhum destes argumentos procede contra a tese aqui sufragada: embora legitimamente obstaculizem à “ideia de inserção do enriquecimento do responsável na obrigação de indemnizar”⁽¹⁴⁵⁾, eles não impedem que o julgador possa, diante as circunstâncias do caso concreto, ver nas vantagens obtidas pelo lesante um reflexo das vantagens que foram subtraídas ao património do lesado⁽¹⁴⁶⁾. Esta última proposta afigura-se nos ser perfeitamente harmonizável com a descoberta do sentido normativo de dano, que destaca o seu necessário nexos com a situação jurídica que o legislador entendeu preservar⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴³⁾ Assim, muito recentemente, COSTA LOPES, JOANA, “Os Desafios à Tutela Judicial do Direito à Imagem na Era Digital”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXIV, n.º 1, Tomo II, 2023, pp. 1200-1204. *Vide*, ainda, CARNEIRO DA FRADA, MANUEL A., *Direito Civil — Responsabilidade Civil*, cit., p. 70, e MOTA PINTO, PAULO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, cit., pp. 826-828.

⁽¹⁴⁴⁾ *Ibidem*, p. 826, e PEREIRA COELHO, FRANCISCO, *O Enriquecimento e Dano*, reimp., Coimbra: Almedina, 1999, p. 33.

⁽¹⁴⁵⁾ *Ibidem*, p. 33.

⁽¹⁴⁶⁾ Pressupõe-se, por isso, que o lesado tenha efetivamente sofrido um dano, traduzido na supressão de uma vantagem ou utilidade. O instituto do enriquecimento sem causa opera de forma diferente, não pressupondo a verificação de um dano patrimonial; bastaria a afetação do conteúdo da destinação de um direito (BESSA DE MELO, DANIEL, “Do Problema do Dano no Ilícito da Privação do Uso”, cit., p. 898).

⁽¹⁴⁷⁾ BESSA DE MELO, DANIEL, “Da Ressarcibilidade dos Danos Puramente Patrimoniais no Direito Delitual Português”, cit., p. 258, ss. Para uma ilustração, sabemos como as proibições de revenda em certa área geográfica visam proteger o vendedor do risco de o comprador exercer uma concorrência diferencial. Ora, se o comprador incumpra tal dever e revende os produtos, os ganhos que ele obteve poderão refletir a vantagem que fora suprimida ao credor: cada revenda realizada pode ser

SOUSA ANTUNES entende que o art. 562.º parece legitimar o resgate do lucro ilícito. Alega-se, a este respeito, a dimensão relacional da indemnização, que atende à mudança que se verificou em ambos os patrimónios em detrimento de uma visão clássica que apenas contende com a diminuição sentida no património do lesado. Ela encontrar-se-ia patente em recentes inovações legislativas, a respeito das quais o conceito tradicional de indemnização não poderia ficar imune⁽¹⁴⁸⁾. O art. 211.º, n.º 2, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, ao dispor “o tribunal deve atender ao lucro obtido pelo infractor”, seria um dos casos a ilustrar a preponderância deste critério na determinação da indemnização⁽¹⁴⁹⁾. Considerando estes dados legais, SOUSA ANTUNES propugna uma interpretação atualista do art. 562.º, concluindo que “[se] o evento danoso trouxe um benefício económico ao lesante, é legítimo exigir ao direito que resgate o lucro indevido como um efeito da responsabilidade civil”⁽¹⁵⁰⁾.

Embora aceitemos a referida dimensão relacional da indemnização, ela apenas se justifica no âmbito do princípio ressarcitório⁽¹⁵¹⁾. O lucro que não seja um reflexo do desvalor sentido no património do lesado, antes se atribua à *expertise* do lesante ou a circunstâncias alheias a ambos os sujeitos, não pode ser englobado na pretensão indemnizatória⁽¹⁵²⁾. O art. 211.º, n.º 2, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, confirma que estamos diante uma situação distinta de um resgate do lucro ilícito: a norma é explícita ao referir que o “lucro obtido pelo infractor” serve como orientação na “determinação do montante da indemnização

encarada como uma perda de negócio para o vendedor. Justifica-se então que o lucro obtido possa ser um parâmetro de quantificação da obrigação indemnizatória.

⁽¹⁴⁸⁾ SOUSA ANTUNES, HENRIQUE, “Das Funções Reconstitutiva e Punitiva da Responsabilidade Civil. Proposta de Reforma do Código Civil Português”, in MIRANDA BARBOSA, MAFALDA, *et al.*, *Novos Desafios da Responsabilidade Civil*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, p. 122, ss.

⁽¹⁴⁹⁾ SOUSA ANTUNES, HENRIQUE, Anotação ao Art. 562.º, in BRANDÃO PROENÇA, JOSÉ (coord.), *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, pp. 552-553.

⁽¹⁵⁰⁾ *Ibidem*, p. 552.

⁽¹⁵¹⁾ Como bem refere MOTA PINTO, PAULO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, *cit.*, p. 823, “é o princípio compensatório que *delimita* a própria noção de indemnização, olhando para o *lesado* e seu prejuízo — isto é, a indemnização apenas pode ir até onde chegar o prejuízo do lesado”.

⁽¹⁵²⁾ Desta forma, se o vendedor incumprir o contrato e revender a mercadoria a um preço anormalmente alto, prevalecendo-se da sua particular capacidade negocial, este valor não pode ser recuperado pelo credor a título de indemnização. Se pode ser recuperado com fundamento no enriquecimento sem causa é outro assunto. Rejeitando igualmente a restituição do lucro ilicitamente obtido por via indemnizatória, LURDES PEREIRA, MARIA, *Direito da Responsabilidade Civil. A Obrigação de Indemnizar*, *cit.*, p. 29.

por perdas e danos”⁽¹⁵³⁾; o lucro releva não como uma realidade *a se*, mas na estrita medida em que poderá ser encarado como possível reflexo das perdas patrimoniais sofridas pelo lesado.

O reconhecimento dessa dimensão relacional da obrigação indemnizatória, com o âmbito que lhe consignamos, não infringe nenhum pressuposto do sistema de responsabilidade civil⁽¹⁵⁴⁾. Com ela não estamos a punir o infrator — não lhe reside nenhum objetivo de privação do lucro e de restituição do locupletamento, que deverá (eventualmente) ser aferido noutras coordenadas dogmáticas⁽¹⁵⁵⁾. Mantemo-nos sob a diretiva de que o limite da indemnização é a perda do lesado. Apenas se faz relevar como, em dadas circunstâncias, as vantagens obtidas pelo lesante podem auxiliar no apuramento dessa perda.

Tudo isto é defensável ao abrigo do Direito português sem abrir qualquer brecha ao modo como a obrigação indemnizatória é legalmente configurada.

Porto, Abril de 2024

⁽¹⁵³⁾ Não vemos por isso a necessidade de defender (como o faz *ibidem*, pp. 32-33) que esta norma pode ser encarada como emanção do instituto do enriquecimento sem causa. Também não adotamos a posição de MENEZES LEITÃO, ADELAIDE, “Responsabilidade Civil por Violação do Direito de Autor”, *Jurismat*, n.º 5, 2014, p. 211, de que estamos diante uma brecha ao princípio indemnizatório, “permitindo-se através da incorporação de lucros e custos uma indemnização superior ao dano”.

⁽¹⁵⁴⁾ Assim, escreve CARNEIRO DA FRADA, MANUEL A., *Direito Civil — Responsabilidade Civil*, *cit.*, p. 72, que “a restituição do ganho não é meramente punitiva enquanto se não tratar de punir o agente sem relação com os ganhos por ele obtidos”.

⁽¹⁵⁵⁾ PEREIRA COELHO, FRANCISCO, *O Enriquecimento e Dano*, *cit.*, p. 32: “Decerto que a restituição do lucro excedente ao dano pode ser justa, em alguma medida, conforme as circunstâncias; simplesmente, tal restituição pode fazer-se à margem da responsabilidade civil e com base em outros princípios, como o do enriquecimento sem causa e o da gestão imprópria de negócios”.