

# **A RESPONSABILIDADE OBJECTIVA DO COMITENTE POR FACTO DO COMISSÁRIO, A ANÁLISE DO ARTIGO 500 DO CÓDIGO CIVIL — SEUS PRESSUPOSTOS E REGIME**

NUNO MORAIS

Sumário: I — Introdução — Enquadramento dogmático da responsabilidade do comitente. *a)* Responsabilidade por facto próprio vs. responsabilidade por facto alheio; *b)* Responsabilidade contratual vs. responsabilidade extracontratual; *c)* Responsabilidade subjectiva vs. responsabilidade objectiva. II — Da razão de ser da objectivização da responsabilidade do comitente: *a)* Soluções no direito comparado: 1. França; 2. Itália; 3. Alemanha; *b)* Conclusão. III — Pressupostos de aplicação do art. 500; *a)* Relação de comissão; *b)* Facto danoso praticado pelo comissário no exercício das suas funções; *c)* Responsabilidade do comissário — “obrigação de indemnizar”. IV — Das relações internas comitente/comissário — o direito de regresso. V — Conclusão.

## **I — INTRODUÇÃO — ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DA RESPONSABILIDADE DO COMITENTE**

A responsabilidade do comitente é enquadrada pelo legislador na subsecção dedicada à responsabilidade pelo risco. Adoptando este figurino, é natural que tal figura de responsabilidade assuma bastante importância no tráfico jurídico, não só pela sua natureza, apesar de tudo, ainda excepcional, mas essencialmente pelo fim a que se destina, de assegurar alguma segurança relativamente a algum risco que o facto de as redes, ou pirâmides, de grandes estruturas de mão-de-obra criam. E a verdade é que toda a organização sócio-económica de hoje assenta naquelas estruturas de organização empresarial em que se formam grandes pirâmides hierárquicas de pessoas (mão-de-obra), o que não só diminui, naturalmente, o poder de controlo sobre a actividade concreta de cada um dos membros dessa estrutura, como, na mesma proporção, aumenta o risco de produção de danos — culposos ou não — em terceiros.

O facto de esta figura prevenir a grande maioria dessas relações verticais, hoje dominantes, torna-a, pois, numa das bases da vida em comunidade dos dias de hoje.

Como última nota introdutória, e apesar do que deixámos já dito, constatámos curiosamente o facto de existirem poucas decisões judiciais a este res-

peito. Esta ausência de discussão deste problema nos tribunais superiores não reflecte, contudo, o relevo social do regime da responsabilidade do comitente, que apesar de pouco visível está sempre presente numa sociedade de investimento aberto, altamente industrializada, onde proliferam aquelas relações contratuais verticais, e onde não seria concebível não existirem relações de comissão nos termos que melhor veremos adiante.

### **a) Responsabilidade por facto próprio *versus* responsabilidade por facto alheio**

A responsabilidade civil é tradicionalmente considerada como instituto reparador<sup>1</sup> de danos causados por alguém a outrem. Nesse sentido, sempre se exigiram como requisitos da sua aplicação — aliás, vertidos explicitamente no nosso art. 483 do Código Civil<sup>2</sup> — a prática de um acto, que esse acto seja ilícito — juridicamente censurável —, culposo — objectivamente censurável — e que essa acção provoque danos — a matriz original do instituto da responsabilidade civil é, pois, uma matriz de natureza subjectiva.

Independentemente da análise dos restantes pressupostos, que aqui não tem lugar, verifica-se, antes de mais, que a responsabilidade civil pressupõe sempre um comportamento, uma conduta, enfim, uma acção, ou omissão nos casos em que houvesse um especial dever de agir ou de diligência, pessoal.

Contudo, situações há em que aquela responsabilidade tem a sua origem em facto alheio, praticado por um terceiro. Estes casos especiais de *responsabilidade mediata*, tradicionalmente, buscam o seu fundamento em violação de especiais deveres de diligência no exercício de actividades com repercussões sociais, ou outras considerações de natureza social. Ou seja, na sua matriz estas situações buscam o seu fundamento ainda assim, num acto pessoal culposo e, eventualmente, ilícito.

A responsabilidade do comitente trata-se, manifestamente, de um desses casos em que a responsabilidade é imputada a quem, aparentemente, nada teve que ver com a prática do facto danoso — *responsabilidade indirecta*, como é designada por EUGENIO BONVICINI<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Não se visa aqui discutir a natureza e funções deste instituto básico do sistema jurídico, mas cumpre esclarecer que a função reparadora referida no texto assume ainda hoje a primazia dentre as finalidades normalmente apontadas à responsabilidade civil. Aliás, esta função sai reforçada desde meados do séc. XX com o despontar do primado da protecção da vítima (do lesado), com as primeiras manifestações da socialização do risco. Não obstante, seria descabido aqui não fazer menção a uma vertente inovadora da responsabilidade civil — a função preventiva e reguladora (organizadora). Mais que organizadora do sistema, cumpre uma função organizadora social, numa sociedade de tal maneira dependente de constantes e crescentes perigos e riscos, que assume o dano como um mal necessário.

<sup>2</sup> Diploma a que pertencem todos os artigos a que não se faça menção especial.

<sup>3</sup> La Responsabilità Civile per Fatto Altrui, Giuffrè, Milano, 1976, p. 10.

Assim, prevê o art. 500, n.º 1, do Código Civil:

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

Desta redacção resulta imediatamente que o comitente é considerado responsável por factos que não cometeu, ao que acresce, que essa imputação é efectiva ainda que o comitente não tenha tido qualquer culpa pelos danos verificados na esfera de um terceiro lesado — trata-se verdadeiramente de um caso de responsabilidade por facto alheio. Neste sentido, pode-se dizer que o responsável — o comitente — responde pela violação culposa<sup>4</sup> pelo comissário de um dever que existe na esfera deste e que nada tem que ver os deveres do próprio comitente. Aliás, o dever de indemnizar, pode-se dizer, forma-se na esfera do comissário, *transferindo-se* depois para a pessoa do comitente<sup>5</sup>.

É esta especialidade da imputação mediata ao comitente dos factos danosos praticados pelo comissário que pretendemos analisar, em especial a sua razão de ser e os requisitos de que a citada disposição legal faz depender aquela imputação. Porquê imputar, *“independentemente de culpa”*, ao comitente factos cometidos por um seu dependente? É esta a primeira questão com que nos deparamos, e à qual ensaiaremos uma resposta mais adiante<sup>6</sup>.

Não obstante, e como acima dissemos numa referência geral, a responsabilidade do comitente busca a sua origem histórica, e mesmo lógica, numa responsabilidade própria — pessoal — do comitente. Essa responsabilidade traduzir-se-ia na violação dos deveres de diligência na escolha, na orientação e na vigilância dos seus dependentes. Por causa da sua negligente escolha, incorrectas instruções ou deficiente vigilância, o comissário causou danos a um terceiro. Aqui a imputação ao comitente não passa de uma *imputação directa* fundada na sua escolha, instruções e/ou vigilância. Note-se que esta configuração não é, de todo, excluída pelo nosso sistema jurídico. Simplesmente, é uma hipótese cuja análise se reconduz ao âmbito da responsabilidade por factos ilícitos, e por isso escapa ao objecto do nosso estudo que se quer tão só sobre a responsabilidade objectiva prevista no art. 500.

---

<sup>4</sup> Ou talvez não, como adiante veremos, a propósito dos requisitos de aplicação daquela disposição legal.

<sup>5</sup> Esta parece ser a construção lógica do regime, desde logo em função da obrigação de indemnizar que se requer recaia sobre o comissário, como melhor veremos. Questão é saber se se trata aqui de uma verdadeira transferência de responsabilidade ou antes de uma responsabilidade originariamente do comitente. Este problema merecerá atenção especial no texto do nosso trabalho.

<sup>6</sup> Vide alínea c) deste capítulo.

## **b) Responsabilidade contratual *versus* responsabilidade extracontratual**

Por outro lado, cumpre esclarecer que visamos neste trabalho tão-só estudar o problema no âmbito da responsabilidade extracontratual, onde parece que manifestamente se enquadra o art. 500, uma vez que não pressupõe qualquer tipo de relação contratual ou quase-contratual.

Aliás, a inexistência de relação entre o lesado e o, mediatamente, responsável comitente dificulta o estudo deste regime, mas simultaneamente desperta o estímulo para uma mais cuidada análise deste peculiar regime. Neste ponto particular da imputação da responsabilidade, os casos de responsabilidade contratual gozam de uma facilidade que inexistente no caso da responsabilidade prevista no art. 500. De facto, no caso da existência de uma qualquer relação contratual, o fundamento da responsabilização do comitente por qualquer acto danoso de um seu dependente é patente — a própria relação de natureza contratual que é estabelecida entre o lesado e o próprio comitente, e que este incumprir. O lesado já não é rigorosamente um terceiro, mas é sim parte de uma relação jurídica voluntariamente estabelecida com o comitente.

Enfim, cabe aqui tão-só esclarecer que a finalidade e condicionalismos deste trabalho impõem-nos que nos atenhamos à matéria da responsabilidade extracontratual, deixando para outra oportunidade uma, merecida, análise cuidada do regime previsto no art. 800.

## **c) Responsabilidade subjectiva *versus* responsabilidade objectiva**

Da mera leitura do art. 500 logo se verifica que a responsabilidade do comitente, ali prevista, é independente de culpa deste. Ou seja, independentemente do comitente ter agido com toda a diligência exigível no sentido de evitar a produção de danos na esfera de terceiros, ele torna-se, perante estes, responsável pelos actos dos seus comissários. Por isso mesmo esta é uma responsabilidade objectiva, alegadamente fundada no risco — responsabilidade independente de culpa<sup>7</sup>. Preferimos esta denominação por ser mais ampla do que aquela outra de *responsabilidade pelo risco* que pressupõe, e cremos que de forma taxativa, a criação de um risco especial de geração de danos como pressuposto de imputação desses danos independente-

---

<sup>7</sup> Já não entendemos que seja independente da ilicitude, como defende SOFIA SEQUEIRA GALVÃO, in *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no direito civil português*, 1990, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, uma vez que o desencadeamento de qualquer das modalidades da responsabilidade pelo risco depende da violação da esfera de direitos subjectivos, relativos ou absolutos. Neste sentido, vide RUI ALARCÃO in *Direito das obrigações*, 1983, Coimbra, p. 244 e ss., e MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, in *Direito das obrigações*, 4.<sup>a</sup> Edição, 1984, Coimbra Editora, p. 402 e ss. Já na responsabilidade por actos lícitos, prescinde-se naturalmente de uma actuação ilícita.

mente de culpa, ao passo que a *responsabilidade objectiva* se reporta a todos os casos de responsabilidade sem culpa incluindo a responsabilidade por acto lícitos<sup>8</sup>.

E assumimos aqui a opção de qualificar a responsabilidade do comitente como responsabilidade objectiva, e já não como responsabilidade pelo risco<sup>9</sup>, uma vez que este é um tipo de responsabilidade que nos parece ir buscar a sua origem bem mais além do que à mera penalização pela criação de risco<sup>10</sup>.

A responsabilidade objectiva é uma manifestação dos dois últimos séculos, tendo despontado, em evolução do velho princípio de nenhuma responsabilidade sem culpa, em face de novas realidades mais complexas com o advento da indústria, das máquinas, geradoras de riscos especiais<sup>11</sup> e das novas estruturas organizativas que aquela indústria acarretou, também elas cada vez de maior densidade que permitiam diluir a responsabilidade baseada na culpa.

Apelou-se então à noção de *risco*<sup>12</sup>, e com base no brocardo "*ubi comoda ibi incommoda*", para objectivizar algumas responsabilidades, tentando responder àquela criação de riscos acrescidos, estranhos ao chamado *risco geral da vida*, obedecendo normalmente ao critério de que quem beneficia com a criação daqueles riscos deve, ainda que não tenha culpa, indemnizar os danos resultantes da concretização daqueles riscos. De uma forma natural, e dentro dos condicionalismos históricos acima descritos, a responsabilidade objectiva desenvolveu-se essencialmente no âmbito dos acidentes de trabalho e dos acidentes rodoviários, tendo estendido o seu campo de aplicação, nos últimos 50 anos, a outras áreas de actividade, como por exemplo no âmbito da responsabilidade do produtor, da instalação de redes de gás e outros, e tendo inclusive beneficiado de alguns afloramentos no âmbito da responsabilidade contratual<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Vide a este respeito, análise da distinção entre *responsabilidade objectiva* e *responsabilidade pelo risco*, SOFIA SEQUEIRA GALVÃO, *ob. cit.*, p. 41 e ss., bem como ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, in *Direito das Obrigações* 2.º vol., 1990, Associação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 368, ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 348 e ss. e 402 a 403, e, implicitamente, ANTUNES VARELA, in *Das Obrigações em geral*, vol. I, p. 642 e ss., 8.ª Edição. Não obstante, parece-nos claro que ainda hoje o critério do risco é um dos pilares de toda a construção da responsabilidade objectiva.

<sup>9</sup> Como deveríamos se seguíssemos estritamente a sistematização legal.

<sup>10</sup> Neste sentido pronunciou-se já, igualmente RIBEIRO FARIA, in *Direito das Obrigações — vol. II*, 1990, Almedina, Coimbra, na esteira, aliás, de ALMEIDA COSTA, in *ob. cit.*, p. 404, nota 2, referência expressamente feita por RIBEIRO FARIA.

<sup>11</sup> Como bem descreve ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 348 e 349: "Contudo, no mundo contemporâneo, fortemente tecnológico e industrializado, o desenvolvimento das possibilidades e dos modos de actuação humana multiplicou também os riscos. Cada nova conquista pelo homem das forças da natureza não exclui que um tal domínio lhe possa escapar e que essas forças retomem os seus movimentos naturais. É o risco que acompanha a actividade humana".

<sup>12</sup> "A possibilidade de um dano que alguém suporta como titular de uma posição jurídica", apud SOFIA SEQUEIRA GALVÃO, *ob. cit.*, p. 52, fundada na definição apontada por BAPTISTA MACHADO, in *Risco contratual e mora do credor*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 116.º, p. 166 e ss.

<sup>13</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 644.

De todo o modo, outro princípio fundamental neste caminho foi o da *protecção do lesado*, que funda de forma determinante, as presunções de culpa que proliferaram nos sistemas jurídicos, enquanto solução de compromisso entre a responsabilidade subjectiva e a tutela dos interesses da vítima do facto danoso.

## II — DA RAZÃO DE SER DA OBJECTIVIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO COMITENTE

Tendo em vista as notas acima deixadas interessa tentar vislumbrar a razão da previsão, até porque excepcional<sup>14</sup>, da responsabilidade objectiva entre nós, e em especial da responsabilidade objectiva do comitente, sendo a resposta que dermos a este problema essencial para uma boa compreensão não só dos fundamentos últimos da responsabilidade do comitente, mas principalmente do seu regime, principalmente quanto à definição concreta das relações internas entre comitente e comissário, como teremos oportunidade de melhor explicar adiante.

Assim, várias posições têm sido adiantadas pela doutrina para explicar de uma forma geral esta opção legislativa.

Desde logo, e como fundamento geral clássico dos primórdios da responsabilidade objectiva, invocou-se a teoria do risco-benefício, que ainda hoje tem um apoio maioritário<sup>15</sup>, ainda que se reconheça que nem sempre é capaz de responder a novas realidades e regimes de responsabilidade, aliás, como parece acontecer, quanto a nós, no que toca à responsabilidade do comitente. Esta teoria funda a sua posição no facto de, beneficiando da actividade geradora de risco, deve correspectivamente suportar os danos que a concretização daquele risco possa causar.

Há também quem adiante o fundamento do controle do risco, isto é, quem controla um risco acrescido para terceiros, deve ser responsável, ainda que tenha agido diligentemente, pelos danos causados<sup>16</sup>.

Sem que pretendamos entrar nesta controvérsia, apenas deixaremos aqui uma nota breve. Cremos que a resposta dada em abstracto pela teoria da autoridade ou controle sobre o risco criado não é susceptível de fundar a objectivização da responsabilidade, mas é tão só capaz de esclarecer critérios de imputação concretos de responsabilidades dentro de determinados esquemas predeterminados. Não é um fundamento apriorístico, mas um critério

---

<sup>14</sup> Vide art. 483, n.º 2.

<sup>15</sup> Entre nós defendida por MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, NUNES DE CARVALHO, *A responsabilidade do comitente*, publicado in ROA, Ano 48, 1988, I, p. 85 e ss., CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, in Direito e Justiça, 1998, vol. 12, p. 297 e ss., e VAZ SERRA no seu estudo *Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, publicado in BMJ, n.º 85, p. 115 e ss.

<sup>16</sup> Neste sentido, vide SOFIA SEQUEIRA GALVÃO, *ob. cit.*

ulterior<sup>17</sup>. Quanto à teoria do risco-benefício, parece-nos que se mantém como o esteio da responsabilidade objectiva em geral, sendo que, e não obstante este estatuto, deverá ser mitigada com outras explicações concretas em face das diversas previsões de responsabilidade objectiva.

Transpondo esta análise para o art. 500, parece-nos que este se reveste de algumas especialidades que nos permitem levar mais longe a explicação da concreta objectivização desta responsabilidade. De facto, e a par daquela teoria do risco-benefício, perfilam-se algumas posições tendentes a esclarecer o porquê da responsabilidade independente de culpa do comitente<sup>18</sup>. E desde logo porque não se vê, na generalidade, que a mera dependência funcional, v. g. a contratação de empregados, por si só crie um especial risco de produção de danos<sup>19</sup>. Por outro lado, ficaria por explicar o regime do n.º 3 do art. 500, onde se prevê o direito de regresso do comitente em relação ao comissário, e que implica que em última instância não é o beneficiário da criação do risco que vai suportar os danos causados.

Surge então a chamada teoria da representação<sup>20</sup>, segundo a qual um comissário mais não seria do que um representante do comitente, que agiria normalmente no interesse e por conta deste, e por isso mesmo os danos por ele provocados deveriam repercutir-se na esfera do representado. Esta posição surge-nos como demasiado redutora, limitando o âmbito da comissão à representação, o que, como veremos, não parece correcto fazer, em face da noção lata de comissão que deve ser trabalhada neste âmbito. Acresce que, pela solução proposta quase que poderia falar de uma verdadeira responsabilidade subjectiva do comitente, para o que o seu representante seria um mero *longa manus*.

Outro fundamento proposto foi o da *culpa in eligendo*. Segundo os defensores<sup>21</sup> desta posição, o comitente acaba por ser responsabilizado por, em tempo, não ter, negligentemente, usado da diligência necessária na escolha do seu comissário. Ora, e antes de mais, estranha-se que os mesmos autores não tivessem adiantado como fundamento a falta de diligência na vigilância e/ou nas instruções aos comissários, uma vez que também estas são susceptíveis de provocar danos em terceiros. Mas acima de tudo, parece-nos que esta solução passa ao lado do nosso problema, configurando um caso de

---

<sup>17</sup> Sublinhe-se que a autora citada como defensora desta posição parece limitar a sua análise ao sub instituto da responsabilidade do comitente, onde aquela solução poderá ter maior relevância, sem que contudo explique a razão de ser da opção pela responsabilidade objectiva, mantendo-se válida a crítica deixada no texto.

<sup>18</sup> Vide, a este propósito, MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 376, onde de forma sucinta e sistemática o autor abarca muitas das posições avançadas, e que, de resto, seguimos de perto, nomeadamente no que toca à indicação dos autores estrangeiros defensores de cada uma das soluções propostas.

<sup>19</sup> Note-se que se trata, tem de tratar, de um risco especialmente acrescido em relação ao normal risco geral da vida.

<sup>20</sup> Defendida por MAZEAUD.

<sup>21</sup> DEMOLOMBE e BAUDRY-LACANTINERIE.

responsabilidade subjectiva por facto próprio do comitente, procurando explicar uma responsabilidade objectiva com o seu oposto.

Por fim, existe ainda uma proposta de explicação desta objectivização da responsabilidade do preponente com base numa ideia de equidade e garantia<sup>22</sup>. O comitente será responsável, ainda que sem culpa, pelo simples facto de, em regra, ser muito mais solvente do que o seu comissário, sendo provável que este não apresentasse património ou liquidez necessários para garantir o bom ressarcimento dos danos causados, sendo pois, em face da relação de comissão, que o comitente responda e que arque com o risco de não cobrança do prejuízo. O Prof. MENEZES CORDEIRO<sup>23</sup> adianta uma crítica a esta posição alegando que se funda em juízos extra-jurídicos e que, como tal, não podem ser fundamento para explicar a razão de ser de um regime legal.

Entre nós, e mais recentemente, surgiram novas explicações adiantadas por PEDRO MÚRIAS<sup>24</sup> e CARNEIRO DA FRADA<sup>25</sup>. O primeiro defende que a responsabilidade objectiva do comitente tem a sua origem numa vertente preventiva do instituto da responsabilidade civil, incentivando-se, desta forma, os comitentes a usarem da maior diligência possível na escolha, vigilância e instruções dadas aos seus comissários. Mais uma vez, esta posição não nos parece ser bem sucedida, uma vez que este mesmo fim preventivo seria perfeitamente alcançado com o estabelecimento de uma presunção de culpa, onde o comitente teria, para se desonerar, de demonstrar ter usado de toda a diligência na escolha, orientação e vigilância dos seus comissários. Além disso, não podemos perder de vista a ainda função essencial da responsabilidade civil e que não deixa de ser uma função reparadora.

Já o segundo daqueles autores basearia aquela objectivização naquilo que chama o *risco da empresa*, o que nos parece ser demasiado vago, por um lado, e incoerente por outro, uma vez que não explica o diferente regime de responsabilidade por danos causados por todos os restantes meios de produção de uma empresa<sup>26</sup>.

Para tomarmos posição definida sobre este problema devemos adiantar que, além do regime do n.º 1 do art. 500, acima transcrito, a lei prevê, como já mencionámos, o direito de regresso do comitente sobre o comissário<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> RIPERT, HECK na Alemanha, SAVATIER na França, BONVICINI na Itália, e, entre nós, ANTUNES VARELA, ALMEIDA COSTA e RIBEIRO FARIA.

<sup>23</sup> *Ob. cit.*, p. 377, acompanhado de perto por NUNES DE CARVALHO.

<sup>24</sup> A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil, in Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996, p. 171 e ss.

<sup>25</sup> *Ob. cit.*

<sup>26</sup> Veja-se que um dano provocado por uma máquina ou por um veículo não motorizado fica sujeito ao regime geral da responsabilidade com culpa do qual o empresário se pode livrar provando ter usado da exigível diligência no seu tratamento, mas já assim não será se esse dano for provocado por um dependente do comitente.

<sup>27</sup> *Vide* ponto IV.



Ora, antes de mais, parece-nos claro que o simples facto de se recorrer a um comissário não é criador de riscos tais que, por si só, justifiquem a previsão de um regime que prescindindo de culpa do comitente, é de facto penalizador para este. Não há aqui, cremos, qualquer facto gerador de especiais riscos para o comércio jurídico como aqueles que justificam outros tantos regimes especiais de responsabilidade objectiva.

Por outro lado, parece-nos essencial o facto de a previsão legal deste regime desenhar a origem da responsabilidade na esfera do comissário, operando-se depois uma *duplicação*<sup>28</sup> dessa responsabilidade, nos exactos termos em que surgiu, para a esfera do comitente. De facto, esta solução parece retirar o sentido à explicação do risco-benefício, pelo menos como fundamento essencial desta responsabilidade do comitente.

Por fim, todas as posições, à excepção da teoria da garantia, parecem esquecer a tutela do lesado enquanto vector essencial e actual a ter em consideração no âmbito do instituto da responsabilidade civil.

Assim, e com os autores ilustres que sustentam a posição da teoria da garantia e tutela do lesado<sup>29</sup>, cremos ser este o principal vector deste regime concreto, sendo o único capaz de explicar não só a previsão da responsabilidade objectiva, mas também todo o regime legalmente previsto para esses casos. Isto sem prejuízo de relevarmos os contributos que qualquer uma das restantes posições dá à discussão. Mas apenas pela função de garantia deste regime se compreende que, não obstante a lei considerar o comissário responsável pelos danos, o comitente responda igualmente por estes, mesmo que faça prova de sempre ter agido com a máxima diligência ou de que não retirava uma concreta vantagem com a actividade que o comissário desenvolvia ao produzir os danos. É esta função de tutela, admitimos que aliada a uma tentativa de pedagogia social e segurança do comércio jurídico que, por nós, funda a previsão do art. 500.

E não se diga contra nós que este é um juízo extra-jurídico e que como tal não pode fundar tal previsão. Pelo contrário, cremos que são sempre critérios pragmáticos, por vezes verdadeiramente empíricos, que guiam o legislador. A norma deverá ser interpretada, e sempre que dúvidas se levantem quanto à redacção dada a uma disposição legal, em face do resultado pretendido, e este será, na maioria das vezes um resultado extra-jurídico e justificável por princípios jurídicos, meta-jurídicos mas também pragmáticos e programáticos. Estas notas assumem de sobremaneira relevo no âmbito do instituto da responsabilidade civil onde a eficácia do regime legal passa exactamente pelo efectivo ressarcimento dos danos sofridos.

---

<sup>28</sup> Preferimos esta expressão àquela que acima utilizámos de *transferência*, uma vez que o comissário não se exonera da sua responsabilidade, mantendo-se antes perante o lesado como obrigado solidário — ainda que aqui a título de responsável com culpa —, mantendo aquele lesado a faculdade de exigir a qualquer um, comissário e comitente, ou aos dois simultaneamente o ressarcimento dos danos causados.

<sup>29</sup> De alguma forma podemos aqui falar de uma socialização privada do risco.

## a) Soluções no direito comparado<sup>30</sup>

### 1. França

Em França, e tradicionalmente, a responsabilidade do comitente é tratada no âmbito da culpa presumida. Essa, de resto, parece ser a solução legal adoptada no art. 1384 do Code Civil, de onde ressalta, aliás, o recurso à relevância negativa da causa virtual<sup>31</sup>. Contudo, tem-se generalizado entre os autores franceses que, actualmente, esta responsabilidade é uma verdadeira responsabilidade objectiva, não por princípio, mas porque a construção que a jurisprudência foi fixando tornou a prova de utilização da suficiente diligência por parte do preponente de tal forma exigente, que é, na prática judiciária, quase impossível.

O facto de ser praticamente impossível ilidir a presunção de culpa prevista na lei, leva assim a que vários autores defendam então que naquele país existe uma verdadeira responsabilidade objectiva do comitente, com o dado adicional de que por essa via o comitente não parece ter qualquer direito de regresso sobre o comissário, pois que a sua responsabilidade apesar de ser descrita como de objectiva nos termos expostos ser rigorosamente uma responsabilidade subjectiva por facto próprio e já não por facto do comissário.

### 2. Itália

Na Itália, e apesar da redacção do art. 2049 do Códice Civile não ser tão expressa como a nossa, é também hoje praticamente assente entre a doutrina que a responsabilidade do comitente é objectiva, independente de culpa.

Em relação ao nosso sistema, o regime italiano apresenta, contudo, duas particularidades. Assim, e em primeiro lugar, a doutrina dominante faz coincidir o âmbito da comissão para efeitos de responsabilização do comitente com o âmbito puramente material das funções de que o comissário é encarregue. Esta é, podemos adiantar, uma visão restritiva em relação àquela que entre nós é propugnada. Por outro lado, prevê-se expressamente que o facto do comissário tem de ser ilícito<sup>32</sup>.

### 3. Alemanha

Na Alemanha o legislador do *BGB* optou já, claramente, por uma solução de responsabilidade do comitente baseada na culpa, ainda que em culpa presumida, que tem sido aplicada sem quaisquer desvios à redacção legal,

---

<sup>30</sup> Vide, a este respeito, VAZ SERRA, *ob. cit.*, SOFIA SEQUEIRA GALVÃO, *ob. cit.*, e NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*

<sup>31</sup> “La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu’ils n’ont pu empêcher le fait qui donne à cette responsabilité” — Art. 1384 do Code Civil, na redacção da lei 2002-305, de 4 de Março de 2002.

<sup>32</sup> O que, pelo menos, tem o mérito de resolver à partida o problema da imputação do facto ao comissário, que entre nós se discute.

como vimos acontecer em França. Por outro lado, o legislador alemão assumiu a dualidade de regimes em face da visão dualista da responsabilidade.

Esta solução foi acompanhada de perto pela lei suíça e espanhola.

## **b) Conclusão**

Como se vê a solução de objectivização da responsabilidade do comitente por responsabilidade alheia não é pacífica e muito menos unânime, estando inclusivamente sujeita críticas, nomeadamente quanto à sua razão de ser.

Aliás, a este propósito, VAZ SERRA, de *jure condendo* toma claro partido por uma solução fundada na culpa, claramente apoiado na solução alemã<sup>33</sup>. Parece-nos, contudo, que aquele professor funda a sua posição num postulado da culpa que é hoje, cada vez mais, posto em causa, cedendo passo a novas formas de responsabilidade, com autonomização de novos danos, e essencialmente fundada no fenómeno da socialização do risco, distribuição igualitária dos custos e riscos da vida em sociedade.

Por nós, apenas entendemos ser incoerente objectivar-se a responsabilidade do comitente por actos dos seus dependentes sem que essa responsabilidade seja acompanhada por uma extensão do seu âmbito de aplicação a todos os meios de produção empresariais. Esta visão é reconhecidamente restritiva, limitando-se à actividade empresarial, mas é igualmente certo que este regime é essencialmente dirigido àquela forma de organização do trabalho e da produção, justificando-se aí, e neste caso, sim com apelo ao princípio *ubi commoda ibi incommoda* que se estendesse este regime à utilização de máquinas. É certo que a responsabilidade do empresário é aqui própria ao passo que ali é assumidamente por facto alheio<sup>34</sup>, mas ainda assim cremos que um tratamento coerente do problema imporá esta solução da perspectiva da tutela dos interesses do lesado.

Não se trata de defender a coincidência da figura do comitente com a do empresário, mas tão só de, reconhecendo o papel fundamental daquela forma empresarial de organização da actividade produtiva, a tratarmos de forma coerente assumindo o risco causado pelos homens da mesma forma que o risco causado por outros meios de produção, como as máquinas.

## **III — PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 500**

### **a) Relação de comissão**

A lei pressupõe como primeiro requisito, para que o comitente responda, independentemente de culpa, que exista entre preponente e preposto uma relação de comissão.

---

<sup>33</sup> *Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, in BMJ 85, p. 115 e ss., vide p. 153.

<sup>34</sup> E por isso cremos ter merecido uma atenção antecipada do legislador, o que se compreende.

Desde logo, é importante distanciar a noção de comissão para este efeito daquela que nos é dada pelo legislador comercial, no art. 266 do Código Comercial<sup>35</sup>. De facto, a relação de comissão aqui pressuposta é bem mais ampla do que aquela prevista como relação puramente contratual no âmbito da legislação comercial. Aliás, no contexto do art. 500 nem parece pressupor-se uma relação de natureza ou origem contratual.

A doutrina tem adiantado várias noções de comissão para este efeito. ANTUNES VARELA define comissão como “*serviço ou actividade realizada por conta e sob a direcção de outrem, podendo essa actividade traduzir-se num acto isolado ou numa função duradoura, ter carácter gratuito ou oneroso, manual ou intelectual*”<sup>36</sup>, noção que NUNES DE CARVALHO<sup>37</sup> resume da seguinte forma: “*actos ou actividade realizados por conta e sob a direcção de outrem*”, enquanto PESSOA JORGE<sup>38</sup> a define como “*realização de actos de carácter material ou jurídico, que se integram numa tarefa ou função confiada a pessoas diferentes do interessado*”. Já RIBEIRO FARIA<sup>39</sup> optou por definir comissão como “*um serviço de qualquer natureza: de facto ou de direito, de qualidade superior ou inferior, transitório ou permanente*”.

No fundo, todas as noções que acabámos de fornecer acabam por focar a definição em alguns pontos essenciais, cuja identificação e explicitação nos parece mais relevante do que a tentativa de conceptualização, que normalmente acaba sempre por ser bastante incompleta. De qualquer forma, qualquer das definições acima referidas, de uma forma mais ou menos sintética parece relevar aqueles pontos essenciais, e, nessa medida, torna-se suficiente, ainda que não exaustiva.

Assim, e quanto a nós, essenciais à verificação de uma relação de comissão são dois aspectos. Por um lado, o poder de dar instruções, consubstanciador de uma relação de subordinação *lato sensu*, mas que não coincide necessariamente com qualquer tipo de subordinação jurídica. Ponto é que implique uma dependência funcional que pode resultar de uma qualquer relação jurídica, mas também de uma mera relação económica<sup>40</sup>, de índole pessoal ou social<sup>41</sup>. Por outro lado, é igualmente essencial que o preposto aja, ao momento da prática do facto danoso, no interesse do preponente.

---

<sup>35</sup> “Dá-se contrato de comissão quando o mandatário executa o mandato mercantil sem menção ou alusão alguma ao mandante, contratando por si e em seu nome, como principal e único contraente”.

<sup>36</sup> *Ob. cit.*, p. 651.

<sup>37</sup> *A responsabilidade do comitente*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 48, 1988, I, p. 90.

<sup>38</sup> Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, 1968, p. 148, *apud* ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 8.<sup>a</sup> Edição, p. 651, nota 5

<sup>39</sup> *Ob. cit.*, p. 11 e 12.

<sup>40</sup> Neste sentido, SAVATIER, PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, autores elencados por VAZ SERRA, in *ob. cit.*, BMJ 85, p. 161.

<sup>41</sup> A este propósito, VAZ SERRA, *Responsabilidade contratual (...)*, p. 161, nota 94, dá o exemplo dos líderes políticos e religiosos.

No que releva do primeiro daqueles elementos, há autores entre nós, como NUNES DE CARVALHO<sup>42</sup> que parecem reduzir este poder funcional, essencial à existência de uma comissão, ao trabalho dependente. Contudo, parece-nos que a noção de comissão é, efectivamente, mais ampla que a mera relação contratual de trabalho. Vejam-se, no âmbito das relações contratuais, os casos do mandato, com ou sem representação, depósito ou até o comodato<sup>43</sup>. De todo o modo, cremos que a existência de uma relação laboral pode ser, por si, indicador da existência de uma relação de comissão, mas não esgota em si a possibilidade de criação de relações de comissão por via contratual — longe disso!

Essencial é tão só que o comitente esteja numa posição funcional ou fáctica que lhe permita instruir ou controlar a actividade do comissário — nessa instrução e controlo reside a relação de subordinação relevante para o objecto do nosso estudo.

A necessidade de existir uma subordinação levanta o problema de saber se profissionais com reconhecida autonomia técnica podem, para efeitos do art. 500 ser considerados comissários. Pensemos nos advogados, médicos, arquitectos ou engenheiros. À partida, e por princípio, devemos afirmar que um daqueles profissionais não pode ser considerado um comissário do seu cliente. Não podemos, contudo, pôr de parte a hipótese de as instruções fornecidas serem de tal modo concretas que limitem a liberdade de acção daquele profissional, situação em que poderemos, em face das concretas circunstâncias, qualificá-lo como comissário<sup>44</sup>.

Problema que tem sido igualmente colocado a este propósito tem sido o da necessidade, ou não, para se verificar uma relação de comissão, que o comitente tenha plena liberdade de escolha do seu comissário. A título exemplificativo, podemos adiantar que, no direito francês, a liberdade de escolha não é exigida, ao passo que no direito italiano é normal exigir-se aquela liberdade de escolha para se caracterizar uma relação como de comissão ao abrigo do art. 2049 do *Codice Civile*.

Quem defende a resposta afirmativa àquela questão argumenta que uma verdadeira subordinação implica que o comitente possa escolher os seus subordinados, caso contrário, sempre a relação funcional hierárquica ficaria distorcida, restringindo em muito o grau de subordinação entre comitente e

---

<sup>42</sup> *Ob. cit.*, p. 92 a 95.

<sup>43</sup> Parece-nos que tem aqui cabimento falar-se de comissão desde que, neste caso, o comodatário não tenha plena liberdade de utilização da coisa dada em comodato, sendo antes limitado por concretas limitações, instruções e/ou vigilância por parte do comodante.

<sup>44</sup> Sublinhe-se que nestes casos as concretas instruções dadas não devem ofender ou colidir com os deveres deontológicos quer com os deveres de consciência do próprio profissional. Aqui, contudo, é de sobremaneira relevante o poder que este profissional detém de recusar a prestação do serviço quando entenda que as instruções ofendem qualquer uma daquelas esferas axiológicas. *Vide*, a este propósito, VAZ SERRA, *ob. e loc. cit.*, p. 161 e ss., e, em sentido contrário ao exposto, RUI ALARCÃO, in *Direito da Obrigações*, Coimbra, 1983, p. 253 e 254.

comissário. Entre nós MENEZES CORDEIRO é claro em não prescindir do direito de livre escolha do preponente<sup>45</sup>, enquanto ANTUNES VARELA, NUNES DE CARVALHO, RIBEIRO FARIA ou RUI ALARCÃO<sup>46</sup> não disfarçam dúvidas a este respeito, alegando que situações há em que o exercício de certas actividades está sujeito ao preenchimento de condições formais e materiais rigorosas, o que, desde logo, limita a possibilidade de escolha por parte dos eventuais comitentes, mais acrescentando, para sustentar a sua posição, aquelas situações, bastante usuais, em que o comitente delega a escolha do comissário a um terceiro.

Ora, parece-nos que as situações que vimos de descrever não são susceptíveis de afastar a necessidade de *escolha* pelo comitente. De facto, e quanto ao primeiro daqueles argumentos, é claro que a limitação da escolha nunca será tal que impeça a própria escolha. Ou seja, o comitente deve sempre ser livre de escolher recorrer a um comissário ou não, sem o que, em casos limite, sempre admitimos que não se poderá verificar uma relação de subordinação que habilite o comitente a instruir e controlar a actividade do comissário. Seguimos nesta matéria a opinião de RIBEIRO FARIA<sup>47</sup>. Por outro lado, o facto do comitente delegar a escolha não lhe retira a liberdade de escolha, que ele, por sua livre vontade, comete a um terceiro.

Academicamente admitimos, contudo, que o problema se possa pôr no caso de o comitente provar que o comissário lhe foi imposto, sem que o pudesse ter escolhido ou que pudesse optar não recorrer ao comissário, caso em que, repetimos, cremos ser de excluir a relação de comissão.

O segundo pressuposto essencial à caracterização de uma relação como de comissão, para efeitos de responsabilidade objectiva do comitente, é que o preposto aja no interesse do preponente.

É por ausência deste requisito que não existe qualquer relação de comissão entre pais e filhos dentro dos limites do poder paternal, ou seja, sempre que os pais dêem instruções ou ordens aos filhos no interesse próprio destes. O critério neste caso será o exercício do poder paternal, que, por definição, deverá sempre ser exercido no interesse do menor, admitindo-se, pois, situações excepcionais em que o menor assuma a posição de comissário<sup>48</sup>.

O mesmo critério é válido para afastar a aplicação deste regime de responsabilidade nos casos de representação legal. Nestes casos, o representante legal não pode ser considerado comissário, exactamente porque o interesse que prossegue é o do(a) representado(a).

Em consonância com o que acima deixámos explanado a propósito da relação de subordinação, note-se que é pressuposto de uma comissão agir *no*

---

<sup>45</sup> *Ob. cit.*, p. 371 e 372.

<sup>46</sup> *Ob. cit.*, p. 255.

<sup>47</sup> *Ob. cit.*, p. 14.

<sup>48</sup> Pense-se no caso do menor auxiliar ocasionalmente o seu progenitor na actividade profissional deste, constituindo seu mero auxiliar sem qualquer base contratual. Aqui parece-nos que o interesse prosseguido é o do progenitor (o do menor poderá sê-lo de forma indirecta e mediata), podendo então configurar-se uma relação de comissão.

*interesse* do comitente mas já não agir *por conta* deste<sup>49</sup>. São proposições distintas e com alcance distinto. Agir *por conta* de alguém implicará, por regra, que se aja igualmente *no seu interesse*, mas o inverso não é já verdade. O critério relevante é, pois, o da prossecução do interesse do comitente.

É nesta sede que devem ser resolvidos eventuais problemas de sucessão ou cumulação de relações de comissão — até eventualmente relações de sub-comissão. *Quid juris* se um comitente põe um seu comissário à disposição funcional de um terceiro, passando aquele comissário a agir sob orientação deste? Já VAZ SERRA põe este mesmo problema<sup>50</sup>, entendendo que responderá por dano provocado pelo comissário aquele comitente cujo interesse esteja a ser prosseguido pela actuação do comissário no momento da produção daquele dano.<sup>51</sup> Por nós, concordamos com este insigne autor, sendo para este efeito determinante averiguar qual o comitente que está a ver o seu interesse satisfeito pelo comissário no momento do facto danoso.

Distinta será a situação de os dois comitentes interessados estarem a ver os seus interesses prosseguidos de forma paralela<sup>52</sup>, caso em que nos parece que deverá ser responsabilizado objectivamente aquele sob cuja autoridade directa estivesse o comissário aquando da prática do facto danoso<sup>53</sup>.

A este propósito, cumpre ainda deixar uma nota para os sujeitos desta relação. É curioso verificar que, em grande parte dos ordenamentos estrangeiros, se recorre, nesta mesma responsabilidade do comitente, à figura da *empresa* ou *empresário*<sup>54 55</sup>, por um lado e do *dependente* ou *empregado*<sup>56</sup>, por outro.

Esta referência aos sujeitos, apesar de transmitir uma ideia de modernidade<sup>57</sup>, por se referir expressamente à actividade comercial ou industrial, parece, contudo, só por si, levantar problemas acrescidos de delimitação do

---

49 Em sentido contrário parece alinhar RIBEIRO FARIA, in *ob. cit.*, p. 12, não prescindindo da actuação *por conta* do comitente, apesar de logo de seguida o autor acrescentar, citando FIKENTSCHER, «O comissário deverá, assim, agir “no interesse e sob a direcção de outrem”».

50 *Responsabilidade contratual* (...), p. 170 e ss.

51 O autor levanta, contudo, uma questão acrescida e que se resume aos casos em que o comissário é “cedido” para o desempenho de tarefa eminentemente técnica e que o “comitente ocasional” não domina ou que não deve dirigir., Nestes casos, defende ainda o autor, que deverá ser o “comitente habitual” a responder, sem prejuízo de eventual responsabilidade do “comitente ocasional” por inobservância culposa dos seus normais deveres de diligência, essencialmente no que toca à escolha e vigilância do comissário.

52 O exemplo mais paradigmático parece ser, hoje, o caso do contrato de trabalho temporário.

53 É este o único caso em que resulta relevante o critério do controlo ou autoridade sobre o risco.

54 Ou outras semelhantes como *maîtres, artisans, instituteurs* (em França) ou *padroni* (em Itália), ou ainda os *directores* ou *dueños de establecimiento* (na nossa vizinha Espanha).

55 O âmbito subjectivo desta norma estende-se às pessoas colectivas por força da remissão expressamente prevista no art. 165.

56 *Domestiques* no dizer do art. 1384 do Code Civil, *domestici* (em Itália) ou *dependientes* (em Espanha).

57 No dizer de JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario*, 1995, McGraw-Hill, Madrid, p. 196/197.

âmbito subjectivo da norma que seriam à partida escusados<sup>58</sup>. De todo o modo, o recurso à figura da comissão (comitente/comissário) facilita a tarefa do intérprete, por um lado, por não ser de tal forma restritiva que obrigue a um esforço positivo de definição do alcance subjectivo da norma, e por outro, por fazer referência global à dependência funcional que se considera essencial à sua caracterização. É certo que, ainda assim, nos deparamos com alguns problemas de definição, mas apenas os problemas necessários, e já não aqueles que nos parecem inúteis em face do fim da norma.

Por outro lado, a nomeação de termos intrinsecamente ligados às actividades industrial e comercial pode transmitir a ideia, incorrecta, de que esta responsabilidade apenas se circunscreve ao exercício profissional de actividades, limitando o seu objecto praticamente às relações resultantes do contrato de trabalho ou de algumas prestações de serviços.

Parece-nos que aquelas soluções podem vir a levantar muitos problemas nas relações de facto, nas situações de dependência social ou económica. Mas o mesmo se diga no âmbito das relações contratuais, *v. g.* no caso de relações fundadas num contrato nulo. Por mais esta razão, o critério da dependência funcional, seja a que título for, desde que exista no interesse do preponente, adoptado entre nós, é mais eficaz e completo.

#### **b) Facto danoso praticado pelo comissário no exercício das suas funções**

Diz o n.º 2 do art. 500:

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

É, pois, manifesto que o facto danoso deve, para ficar a coberto do regime da responsabilidade objectiva do comitente, ser praticado no exercício da comissão estabelecida nos termos supra analisados. É, pois, essencial averiguar qual o quadro funcional dessa relação de comissão no sentido de estabelecer os limites dentro dos quais este regime será aplicável.

E esta tarefa assume especial relevância em face da posição praticamente unânime da doutrina no sentido de não fazer coincidir o âmbito do exercício de funções com o mero quadro de actividades materiais desenvolvidas pelo comissário no estrito cumprimento das suas funções.

Em sistemas que optem por um sistema de culpa presumida do comitente<sup>59</sup>, parece-nos que admitir a extensão da responsabilidade do comitente a factos ocorridos fora do âmbito material das funções próprias do comissário

---

<sup>58</sup> Vide JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH, *ob. e loc. cit.*

<sup>59</sup> Vide *supra* ponto II do texto.



rio corresponderia a extravasar o âmbito da própria culpa do comitente, uma vez que, e em regra, a diligência na escolha, orientação e vigilância do comissário é dirigida à mera prestação da actividade dependente, ainda que tendo sempre em vista a boa-fé, bons costumes e ordem pública que devem sempre nortear a diligência de um homem médio. Nestes termos, o comitente por muito diligente que fosse, não poderia prever qualquer facto danoso fora daquelas funções<sup>60</sup>.

Já entre nós, como noutros sistemas de responsabilidade objectiva do comitente, e tendo em vista a própria raiz da objectivização daquela responsabilidade, parece poder-se ir mais longe, admitindo algumas extensões na interpretação do quadro de funções abrangidos pela relação de comissão, defendendo a doutrina majoritária se devem considerar abrangidos todos os actos que caiam no quadro geral das funções atribuídas, definindo ANTUNES VARELA como tal todos aqueles actos que tenham com as funções cometidas umnexo de causalidade — que sejam previsível e abstractamente adequadas ao exercício daquelas funções.

Excluem-se, pois, do âmbito do quadro de funções os actos praticados *por ocasião* do exercício das funções, sendo que neste caso, o nexo entre o facto danoso e as funções cometidas ao comissário é meramente temporal ou espacial<sup>61</sup>. Mas, em contrapartida, devem-se considerar abrangidos os factos ocorridos, ou actos praticados, em abuso de funções. E isto porque, por definição, o abuso de funções implica o seu uso, ou seja, uma prática excessiva das suas próprias funções, o que manifestamente determina a existência de uma relação causal entre as funções do comissário e o facto danoso<sup>62</sup>. E note-se que assim será, independentemente de o facto ter sido praticado pelo comissário intencionalmente ou contra ordens expressas do comitente.

Não parece poder operar nesta sede o critério a que já recorremos do interesse do comitente<sup>63</sup>. Não poderia ser aqui operante aquele critério, até porque não se compreenderia a extensão do quadro de funções a factos praticados contra ordens do comitente. Pelo contrário, parece-nos que aqui o critério a seguir deverá ser a *tutela da normalidade das funções do comissário*<sup>64</sup>, e nessa estrita medida a tutela das aparências perante o terceiro, eventualmente lesado. E nesse sentido parece-nos claro que o apontado critério da adequa-

---

<sup>60</sup> Neste mesmo sentido parece alinhar-se VAZ SERRA, in *ob. cit.*, pág. 190.

<sup>61</sup> Neste sentido, vide MANUEL DE ANDRADE, in *Teoria Geral da Relação Jurídica*, p. 151, e ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 654.

<sup>62</sup> Contra esta posição parece estar MENEZES CORDEIRO que, in *ob. cit.*, p. 373, fala a este propósito no “(...) âmbito material da incumbência feita ao comissário” como limite da imputação do facto ao quadro de funções.

<sup>63</sup> Vide *supra* no ponto III, a), a propósito dos pressupostos de uma relação de comissão. Note-se que ali se trata de definir uma relação como de comissão, enquanto aqui tratamos de averiguar se um concreto acto do comissário se enquadra dentro do seu quadro de funções ou não.

<sup>64</sup> Nas palavras de MANUEL DE ANDRADE, “há-de tratar-se dum acto próprio das funções do órgão ou agente”, in *ob. cit.*, p. 152 referindo-se concretamente às relações de comissão estabelecidas com pessoas colectivas.

ção causal entre o facto danoso e as funções exercidas pelo comissário será o que melhor garante aquela tutela do terceiro. Por isso mesmo, parece-nos, igualmente, que será de excluir a responsabilidade do comitente em todos aqueles casos em que o abuso de funções seja manifesto, exactamente porque aqui não deve o terceiro lesado pressupor que o comissário actua no âmbito da relação de comissão. Assim exige a apreciação da adequação da actividade concreta do comissário ao seu quadro geral de funções<sup>65</sup>.

Em França, quer por intermédio da doutrina como da jurisprudência, a discussão em torno do abuso de funções tem sido bastante acesa desde há longos anos. Assim, logo nos anos 50 e 60 definiram-se os requisitos, de verificação alternativa, que permitiam a imputação ao comitente pela prática de factos pelo comissário em abuso de funções. Assim, tinha-se por assente que serão imputáveis os danos causados com abuso de funções desde que o acto do preposto se ligue às funções quer pelo seu fim, quer pelos instrumentos, ou meios, utilizados, aderindo, ainda que de uma forma ampla — e não sem algumas hesitações ao longo do tempo — à ideia de adequação das funções ao dano. Contudo, e nas décadas seguintes, caiu-se no critério da prossecução do interesse do comitente, ou seja, cairiam no âmbito da responsabilidade deste todos aqueles casos em que o comissário prosseguindo um seu interesse pessoal fosse autorizado pelo comitente. De qualquer forma, uma lei de 1985, reguladora do estatuto de vítimas dos acidentes de viação, prevendo a obrigação de seguro automóvel com coberturas mesmo para o uso não autorizado de viaturas automóveis, veio relançar a discussão<sup>66</sup>, que ainda hoje se mantém acesa.

Mas, como vimos, não falta ainda quem naquele país defenda a imputação ao comitente de danos produzidos por um seu preposto por ocasião das suas funções, fundando-se no facto de o exercício daquelas funções facilitarem a prática do facto danoso<sup>67</sup>.

Já entre nós, a jurisprudência, apesar de pouco numerosa<sup>68</sup>, tem alinhado também, e de uma forma clara, pelo critério da adequação<sup>69</sup>.

Do critério acima especificado e fundado, repete-se, na adequação causal do comportamento danoso ao quadro de funções cometidas ao comissário devem-se excluir apenas aqueles casos em que se demonstre que o terceiro lesado tinha conhecimento de que o comissário agia no seu próprio interesse,

---

<sup>65</sup> Neste sentido, *vide* NUNES DE CARVALHO, in *ob. cit.*, p. 109. De todo o modo, este autor parece partir da ideia de adequação defendida por ANTUNES VARELA e restringindo-a “*apenas àqueles (actos danosos) que sejam previsíveis, dadas as regras da experiência e as circunstâncias conhecidas ou cognoscíveis pelo comitente, no quadro geral da função*”, o que a nós, nos parece não ter grande fundamento num sistema de responsabilidade objectiva com fundamento na criação de risco e numa função de garantia do comitente.

<sup>66</sup> *Vide*, a este propósito, YVONNE LAMBERT-FAIVRE, *L'abus de fonction*, in *Recueil Dalloz*, 1986, 19<sup>ème</sup> Cahier — Chronique, p. 143 e ss.

<sup>67</sup> *V. g.* O motorista que usa um veículo do comitente para fins estritamente pessoais; um empregado que tem acesso a uma oficina e ali se desloca em segredo para fabricar qualquer objecto, etc. ...

<sup>68</sup> Ao menos nos tribunais superiores.

<sup>69</sup> *Vide* Ac. STJ 15.01.1992, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e *BMJ* 413, 1992, p. 496.

ou contra ordens do comitente. De facto, nesta situação, a posição do terceiro não merece tutela, a partir do momento em que ele próprio sabe o comissário não está a agir no exercício de uma comissão, podendo, se disso for caso, tomar as devidas precauções acrescidas para se poupar a qualquer dano que aquele comissário pudesse provocar na sua esfera de direitos.

### c) Responsabilidade do comissário — “obrigação de indemnizar”

Exige, por fim, o art. 500, ainda no seu n.º 1, *supra* transcrito, como pressuposto da responsabilidade do comitente, que haja a obrigação do comissário indemnizar, ou seja, tem de se constituir na esfera do preposto uma responsabilidade pelo dano.

Contudo, não especifica a lei a que título se deverá constituir essa responsabilidade, o que nos leva a questionar, face à existência de vários tipos de imputação — a título subjectivo, responsabilidade pelo risco e por actos lícitos —, se a obrigação de indemnizar prevista no art. 500, n.º 1, abarca todos aqueles tipos de responsabilidade ou se apenas algum ou alguns deles.

Desde logo, parece evidente que estão abrangidas todas aquelas situações em que comissário incorra naquela obrigação com culpa pelo facto danoso.

O problema põe-se já com maior acuidade nos casos em que sobre o comissário impenda a obrigação de indemnizar sem culpa sua, seja por ser responsável por actos lícitos, seja por ser responsável pelo risco.

De facto, não é difícil conceber situações em que o comissário, no exercício das suas funções possa, aparentemente<sup>70</sup>, incorrer em responsabilidade objectiva pelo risco. No exemplo citado por NUNES DE CARVALHO<sup>71</sup>, um comitente ordena a um seu comissário que transporte uma considerável quantia em dinheiro, e este, para sua segurança — por causa do dinheiro que transporta —, leva consigo o seu cão, que no trajecto, ataca uma pessoa. Deverá o comitente responder pelos danos causados? Cremos que sim. Contudo, temos para nós que neste caso a responsabilidade do comitente é uma responsabilidade objectiva directa, ou seja, uma responsabilidade que resulta directamente da norma legal que prevê a responsabilidade pela utilização de animais<sup>72</sup>, e já não uma responsabilidade de 2.º grau imputável ao comitente por via do art. 500. E o mesmo se dirá para todas as outras hipóteses, legal e taxativamente previstas de responsabilidade pelo risco — nos termos do disposto no art. 483, n.º 2. Adoptamos esta posição por entendermos que o interesse prosseguido pela actividade geradora do risco é o do preponente — ainda que por meio de interposta pessoa —, o que, naqueles casos, consome a actuação do comissário, que, para este efeito poder-se-á dizer constitui um mero *longa manus* daquele. Aliás, a pró-

<sup>70</sup> Como veremos melhor adiante, quanto a nós, esta hipótese não passa de mera aparência.

<sup>71</sup> *Vide ob. cit.*, p. 99.

<sup>72</sup> Art. 502.

pria lei fornece-nos um afloramento nesse sentido no art. 503, n.º 1, cuja previsão expressa, quanto a nós se justificou tão só pela relevância social que o tráfico automóvel, e riscos inerentes, assume na sociedade moderna<sup>73</sup>.

Assim, entendemos que, apenas academicamente, se poderia admitir a possibilidade da obrigação de indemnizar do comissário, no exercício das funções que lhe sejam cometidas no âmbito de uma relação de comissão, se constituir por uma responsabilidade pelo risco, caso em que teríamos igualmente de admitir que essa obrigação de indemnizar fosse relevante para os efeitos do art. 500<sup>74</sup>. Sublinhamos, contudo, que, para nós, dificilmente aquela responsabilidade objectiva se constituirá na esfera do comissário, uma vez que se existe uma relação de comissão, nos termos já descritos, e a actividade geradora de riscos é exercida no interesse do preponente e no contexto daquela relação de dependência funcional, então, em rigor, o responsável pelo risco será o próprio comitente e não o comissário, por a actividade perigosa ser exercida no interesse daquele.

O problema do enquadramento da obrigação de indemnizar do comissário pelo risco acaba, assim, por não se pôr. Situação distinta será o caso de o comissário ser responsável por danos causados, no âmbito da relação de comissão e dentro do quadro geral das suas funções, por actos lícitos.

Nesse caso, cria-se verdadeiramente uma obrigação de indemnizar na esfera do comissário. Ora, esta imputação ao comissário relevará para efeitos da responsabilidade objectiva do comitente? Parece-nos que sim. De facto, ao invés do que defendem ANTUNES VARELA, NUNES DE CARVALHO<sup>75</sup> ou RIBEIRO FARIA<sup>76</sup>, cremos que esta solução é a mais consentânea com a finalidade desta figura de responsabilidade<sup>77</sup>. Realmente, se o legislador, ao ins-

---

<sup>73</sup> MENEZES CORDEIRO parte das mesmas premissas de responsabilização do comitente, optando, contudo, por uma responsabilidade objectiva de 2.º grau, constituindo-se o comissário na obrigação de indemnizar pelo risco, transferindo essa responsabilidade para o seu comitente nos termos do art. 500. O alcance de tal solução parece-nos penalizar o comissário, uma vez que nesse caso, e sem que tivesse qualquer culpa ou qualquer benefício, a responsabilidade de comitente e comissário seria, face ao lesado, solidária. Já na posição que preferimos, no texto, a responsabilidade recai exclusivamente sobre o comitente.

<sup>74</sup> Em sentido contrário, *vide* ANTUNES VARELA, in *ob. cit.*, p. 656: “Este requisito tem como resultado que o comitente só responde (objectivamente) quando haja culpa do comissário”; e NUNES DE CARVALHO, in *ob. cit.*, p. 102, admitindo, contudo, o autor que a solução por nós defendida no texto seria mais justa, não reconhecendo, contudo, cabimento em face da redacção legal, fundando-se para tanto na expressão “(...) *excepto se houver também culpa da sua parte*; (...) constante do n.º 3 do art. 500. Contudo, pela nossa parte cremos que a relevância desta expressão releva tão só no âmbito das relações internas entre comitente e comissário como melhor veremos.

<sup>75</sup> *Vide supra*, nota anterior a propósito dos dois autores.

<sup>76</sup> In *ob. cit.*, p. 18, afirmando expressamente que “(...) o terceiro lesado não terá direito a uma indemnização (pelo risco) do comitente se o comissário actua, *v. g.*, com consentimento do terceiro ou no uso de um direito do próprio comitente ou, então, em quaisquer circunstâncias que excluam a responsabilidade”.

<sup>77</sup> Neste sentido, *vide* SOFIA SEQUEIRA GALVÃO, *ob. cit.*, p. 111, alegando a *ratio* da norma, ainda que para aquela autora a *ratio* seja distinta àquela que defendemos — a este propósito *vide supra* ponto II.

tituir esta responsabilidade objectiva do comitente teve em vista, e como já vimos supra, essencialmente, uma função de garantia do comitente face ao comércio jurídico, pressupondo uma maior solvabilidade do comitente em relação à do comissário, então como justificar que nestes casos em que o comissário age danosamente sem culpa e de forma lícita, se prescindia dessa garantia do tráfico jurídico, antes parecendo deixar como único responsável exactamente o menos solvente, e ainda por cima lesante mas sem culpa? Não se compreenderia tal solução! Mas a mesma conclusão se retira em face do argumento baseado no princípio “*ubi commoda ibi incommoda*”. Como compreender que o comissário se encontre dependente funcionalmente do comitente, esteja no exercício das suas funções, e provocando danos sem culpa a um terceiro, tenha de os suportar sozinho. Se o interesse prosseguido pelo comissário era o do comitente, se era este quem beneficiava com a tal criação de risco acrescido, então porque devemos excluir a responsabilidade objectiva do comitente — só assim aquele brocardo terá verdadeiramente aplicação. Não seria assim apenas se considerássemos que o risco acrescido gerado pelo comitente reside tão só na possibilidade de actos dolosos tendentes a prejudicar terceiros. Mas mesmo que assim se considerasse, sempre se deveria, e por maioria de razão admitir o risco do comissário causar danos sem culpa.

Por outro lado, cremos que a exigência de culpa ao comissário fará mais sentido em sistemas que se baseiem na culpa do próprio comitente, onde sempre se dirá que não seria possível imputar um comportamento culposos ao comitente sem que o mesmo se fizesse ao agente que provoca directamente o dano<sup>78</sup>.

Parece-nos, pois, que, numa perspectiva teleológica, não poderemos desconsiderar a hipótese de o comissário responder sem culpa para efeitos de aplicação do art. 500. Ou seja, o que releva é nada mais, nada menos do que aquilo que a lei prescreve: a obrigação de indemnizar do comissário, independentemente do título por que esses danos lhe sejam imputados. Restringirmos o âmbito dessa imputação, como parecem fazer os autores acima mencionados, parece-nos que limitaria o próprio fim da norma, e em consequência a relevância pretendida por esta previsão.

E não se alegue em sentido contrário, como faz NUNES DE CARVALHO<sup>79</sup>, com o elemento literal. É que uma redacção atenta, e teleologicamente orientada, do n.º 3 do art. 500 permitir-nos-á reforçar a posição por que optámos<sup>80</sup>. Basta para tanto que interpretemos o n.º 3 daquela disposição apenas no âmbito das relações internas preponente/proposto. Ou seja, temos para que nós que os pressupostos de aplicação da responsabilidade objectiva do comitente

---

<sup>78</sup> Vide, a este respeito, JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH, in *ob. cit.*, p. 302 e 303.

<sup>79</sup> *Ob. e loc. cit.*

<sup>80</sup> Neste mesmo sentido vide ALMEIDA COSTA, in *ob. cit.*, p. 406: “Logo: a responsabilidade que apreciamos apenas se apresenta objectiva a respeito do comitente; no que toca ao comissário, terá um qualquer desses fundamentos”.

estão expressamente previstos nos n.ºs 1 e 2 do art. 500, ao passo que o n.º 3 limita-se a regular o regime das relações internas entre aqueles sujeitos.

Neste enquadramento vemos que a expressão “*excepto se houver também culpa da sua parte*” tem um alcance bastante diverso daquele que aquele autor nos quer fazer crer. É que o requisito para a aplicabilidade do regime está, quanto ao comissário, fixado no n.º 2 do art. 500<sup>81</sup> — obrigação de indemnizar do comissário. E se alguma restrição houvesse que fazer quanto a este ponto seria ali naquele n.º 2 teria cabimento.

Qual então a interpretação a dar àquela expressão? Esperamos responder a essa questão nas linhas que se seguem.

De todo o modo, e aqui, releva essencialmente afastar a invocação daquela expressão do n.º 3 do art. 500 a propósito dos pressupostos de aplicação do regime da responsabilidade do comitente e esclarecer que, em função da finalidade do instituto, não poderemos excluir do seu campo de aplicação os casos em que o comissário responda por actos lícitos — não releva, pois, o tipo de responsabilidade civil do comissário, bastando que ela exista.

#### **IV — DAS RELAÇÕES INTERNAS COMITENTE/COMISSÁRIO — O DIREITO DE REGRESSO**

É nesta sede, como afirmámos supra, que cremos resolver-se o problema do n.º 3 do art. 500. Esta disposição visa, quanto a nós, resolver o problema da distribuição interna de responsabilidades pela prática de um facto danoso. Quem responde, e em que proporção responde por esse facto. Estas são as questões a pôr.

E neste âmbito cremos que aquela norma nos dá respostas adequadas. Assim, sempre que o comissário responda com culpa pela prática de um facto ilícito, e tendo-se duplicado aquela responsabilidade objectivamente para a esfera do comitente, este terá “*o direito de exigir do comissário o reembolso de tudo quanto haja pago*”. É-lhe, pois, reconhecido direito de regresso sobre o comissário, o que é perfeitamente justificável uma vez que este actuou com culpa. Por outro lado, permanece, por esta via, intocada a função de garantia que atribuímos a esta responsabilidade objectiva do comitente, uma vez que neste momento encontra-se já ressarcido o dano causado ao terceiro. Uma vez satisfeita aquela prioridade de tutela do lesado, poderá então o comitente, e porque o comissário agiu culposamente, recuperar todos os montantes que desembolsou com o ressarcimento dos danos por este causados.

---

<sup>81</sup> Aliás, quase poderíamos dizer, e sistematizando de uma forma que assumimos como bastante redutora e simplista, que o n.º 1 se dedica a prever os pressupostos relativos ao comitente, o n.º 2 os pressupostos relativos ao comissário, e o n.º 3 limita-se a regular as relações internas entre estes.

Responsabilidade de comissário e comitente será, neste caso, perfeitamente solidária perante o lesado, mas distribuída internamente de acordo com o critério da culpa. Por essa mesma razão aquele direito de regresso ficará sujeito às regras gerais do concurso de responsabilidades, previstas no art. 497, quando o comitente incorrer igualmente em comportamento culposo concorrente para a produção do dano, e nessa medida a excepção prevista naquele n.º 3 do art. 500 e referida acima. De facto, a expressão “*excepto se houver também culpa da sua parte*” quer-se referir exactamente à limitação do direito de regresso nos casos em concorram culpas do comissário e do comitente, daí o “*também*”. Ou seja, sempre que o comissário aja com culpa e o comitente também, o direito de regresso deste sobre aquele passa a reger-se pelo disposto no art. 497.

Distinta será a solução nos casos de o comissário responder por actos lícitos<sup>82</sup>. Neste caso, e apelando ao princípio geral, também fundante da responsabilidade do comitente, de que quem beneficia com a geração de riscos deverá suportar os danos que a concretização daqueles acarretam<sup>83</sup>, deve ser apenas e só o comitente a responder pelos danos causados pela actuação do comissário sem culpa<sup>84</sup>.

Mau seria que a lei previsse a responsabilidade do comitente, ainda que com direito posterior de regresso, por danos causados culposamente pelo comissário e não o fizesse em relação aos danos provocados pelo comissário sem culpa. Seria, de facto, admitir o mais sem que se admitisse o menos. Mais, a lei previu a possibilidade de regresso do comitente, mas tão só nos casos em que o comissário tenha culpa — é esse o alcance da expressão “*também*”.

Como já dissemos, aquela interpretação altamente restritiva apenas teria algum cabimento no caso de se entender que o risco acrescido protegido pelo art. 500 é tão só a possibilidade de um dependente se aproveitar dessa qualidade para culposamente causar danos a terceiros, ou seja, estender o âmbito de protecção de terceiros contra actos culposos a todos aqueles que estejam na dependência do comitente. Não seguimos, contudo, este entendimento. O risco acrescido protegido pelo art. 500, apesar de reafirmarmos que por si só não justificaria uma previsão de responsabilidade objectiva<sup>85</sup>, é o do aumento da cadeia de pessoas no exercício de uma qualquer activi-

---

<sup>82</sup> Vimos já *supra* — vide ponto III, al. c) — que o comissário, no exercício da comissão não deverá responder pelo risco.

<sup>83</sup> Que vimos ser princípio justificativo da responsabilidade pelo risco em geral, e também da previsão objecto deste estudo em particular, ainda que aqui em segunda linha em relação à função de garantia e tutela do lesado.

<sup>84</sup> Neste sentido, vide SOFIA SEQUEIRA GALVÃO, *ob. cit.*, p. 112: “(...) a verificação da existência de culpa por parte do comissário é essencial para que ao Comitente possa ser conferido essa espécie de direito de regresso sobre tudo o que haja pago (500, n.º 3, «também»), mas, seguindo a mesma lógica, a não verificação de culpa por parte do comissário nega ao Comitente a possibilidade de qualquer regresso contra ele (500, n.º 3, a *contrario sensu*)”.

<sup>85</sup> E que apenas releva aliado à tal função de garantia.

dade, passando o auto controlo sobre o exercício de uma actividade a um hetero-controlo claramente menos seguro para o tráfico geral. Ora, este é um risco que se estende a qualquer facto danoso praticado pelo comissário, independente, portanto, de ter sido praticado com culpa ou sem ela.

Resta, contudo, um problema por analisar. De facto, de acordo a posição que assumimos não se verifica, em caso de responsabilidade do comissário por actos lícitos, qualquer solidariedade entre as posições de comitente e comissário quanto à eventual obrigação de indemnização equitativa que possa ser fixada<sup>86</sup>. O comissário, agente do dano sem culpa, não pode, de facto, exercer qualquer direito de regresso sobre o seu comitente por não se encontrar expressamente previsto, pelo que a solidariedade não é possível existir em função do fim da norma, caindo neste caso em favor da penalização daquele que tira proveito do risco, que se veio a concretizar.

Todavia, esse facto não diminui a garantia do lesado, uma vez que como vimos a lei parte do pressuposto que o preponente é, por regra, mais solvente do que o comissário. O contrário é que, quanto a nós, poria em causa a posição do lesado.

Concluindo, e quanto a este ponto, temos para nós que no caso de o comissário responder por facto lícito, o comitente deverá responder sem que beneficie neste caso de qualquer direito de regresso sobre o seu dependente.

## V — CONCLUSÃO

Com as soluções propostas, pensamos que a figura da responsabilidade do comitente prossegue inteiramente as finalidades a que se dirige, e forma, por outro lado, um todo coerente com os pressupostos desta mesma responsabilidade, eles próprios se socorrendo a conceitos bastante densos como o da relação de comissão ou o do quadro de funções. De todo o modo, a tarefa hermenêutica ficará facilitada se o intérprete fixar de forma determinada e fundada o fim que o legislador teve em vista para o art. 500, assim se determinando, de uma forma mais coerente, não só os pressupostos de aplicação daquela norma, como as consequências da sua aplicação.

Creemos que este instituto requer, de uma forma especial, na sua aplicação de uma eficiente articulação entre a protecção do lesado e a oneração do benefício que o comitente retira da prestação do comissário. Caso contrário, ou a tutela do lesado saíra fragilizada, ou, por outro lado, a posição do comissário será alvo das maiores injustiças. E não só injustiças, mas acima de tudo incoerências sistemáticas que impõem que se aquele transfere a sua responsabilidade quando age com culpa, o mesmo deverá, por maioria de razão, suceder quando não age culposamente.

---

<sup>86</sup> Nos termos do disposto no art. 339, n.º 2, 2.ª parte.



Acima de tudo, parece-nos que o problema da responsabilidade do comitente deverá ser analisado de uma perspectiva distinta da que tem existido, de uma forma geral, deslocando o seu cerne da responsabilidade do comissário para a efectiva tutela do lesado em conjugação com a existência e grau da culpa de comissário e comitente. O princípio da culpa releva nesta sede, essencialmente, na apreciação das relações internas comitente/comissário.