

Do dever de guarda do depositário e de outros detentores precários: âmbito e função, critério de apreciação da culpa e impossibilidade de restituição*

JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA

4. O senso comum diz-nos que o depositário deve guardar a coisa de modo a evitar acções ilícitas de terceiros ou que certos eventos naturais previsíveis provoquem a sua deterioração, destruição ou perda. A função do acordo traduz-se, precipuamente, numa actividade de custódia mais ou menos intensa¹⁰⁸, parecendo, à primeira vista, plausível que, numa perspectiva jurídica, a diligência exigível ao depositário esteja em consonância com essa “essencialidade”, isto é, seja aferida em termos mais rigorosos do que naquelas situações, contratuais ou não, em que a *guarda* é apenas um dever secundário ou acessório ou se configura como dever lateral de “custódia e de conservação”, resultante da boa fé ou do contrato.

A questão que se coloca é, pois, a de saber se os *interesses* subjacentes aos diversos acordos e a particular configuração do dever de

* Continuação

¹⁰⁸ Por isso é que certa doutrina fala de uma “actividade de vigilância ao quadrado” (cfr. C.A. FUNAIOLI, *rev. cit.*, p. 14).

guarda, originam uma diversidade de tratamento dos vários detentores e “vigilantes”, no tocante a diligência exigível.

Enquanto que o parceiro-pensador tem que ter “o cuidado de um pensador diligente” (art. 1124º), o credor pignoratício está obrigado “a guardar... como um proprietário diligente a coisa empenhada” (art. 671º a)), o usufrutuário “pode usar ... a coisa como faria um bom pai de família...” (art. 1446º), e o locatário responde pela perda ou deterioração da coisa que não resultem de uma “prudente utilização” e lhe sejam imputáveis¹⁰⁹ ou a terceiro¹¹⁰ a quem tenha permitido a utilização dela (cfr. os arts. 1043º e 1044º), já a responsabilidade *mais agravada* do comodatário, visível na leitura dos arts. 1136º, 1 e 3 e 1135º, é explicada pelo *beneficium* retirado do contrato. É por isso que PESSOA JORGE¹¹¹, secundado por PIRES DE LIMA - ANTUNES VARELA¹¹², invoca o exclusivo interesse do credor - depositante (no depósito gratuito) para justificar a inaplicabilidade da solução contida no n.º 1 do art. 1136º¹¹³.

¹⁰⁹ Se aderimos ao ponto de vista de PEREIRA COELHO, *Arrendamento, cit.*, pp. 194-195, de que a imputabilidade coincide com culpa, bastará ao locatário a prova de que foi diligente. PIRES DE LIMA - ANTUNES VARELA, *op. cit.*, II, p. 405) “objectivam”, no entanto, a responsabilidade do locatário (tal como o fez a R.E., no ac. de 1-6-78 C.J. III, 1, p. 1063), invocando argumentos que podem ser transpostos para o âmbito da solução (quase similar) do art. 1136º, 2.

Se essa amplitude interpretativa continua a ser aceite por ANTUNES VARELA no que toca à “imputação” ao *lesado* do dano sofrido (cfr. *Das Obrigações em Geral* I, cit., pp. 646-647), o mesmo não acontece em situações em que a conduta do credor exigiria igual tratamento. Referimo-nos as hipóteses previstas nos arts. 547º e 795º, 2 e em que, contrariamente à posição de ANTUNES VARELA (cfr. *op. cit.* p. 811 e *Das Obrigações em Geral*, II, 4ª ed., 1990, p. 80), BAPTISTA MACHADO, *Risco contratual e mora do credor*, R.L.J., ano 116º, pp. 198 e nota 25, 225-226 e 360, releva a “conduta voluntária e livre”, apesar de negar qualquer ideia de “sanção ou responsabilidade”, subjacente aos dois normativos.

¹¹⁰ A maior responsabilidade para o locatário ou para o comodatário, que permitam a terceiro a utilização da coisa, do que para o depositário que celebre um subdepósito, radica na violação contratual por parte dos primeiros (cfr. os arts. 1044º, 1136º, 2, e 1197º e o art. 16º, 2 do Decreto-Lei n.º 46.235, de 18-3-65, *cit. (supra)*, nº. 8). CUNHA GONÇALVES (*op. cit.*, VIII, p. 26), na ausência de uma norma autorizativa, admitia essa “confiança” da coisa a terceiro, mas responsabilizava o depositário pelo acto desse terceiro e pelos casos fortuitos.

¹¹¹ *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Lisboa, 1972 (reedição), pp. 81 e 351-352.

¹¹² *Op. cit.*, II, p. 673.

¹¹³ CUNHA GONÇALVES (*op. cit.*, pp. 8 e 28), depois de distinguir o comodato do depósito, colocava, igualmente, a questão da aplicação analógica (ao depositário) do

Quanto ao *critério* que deve presidir à apreciação da culpa do depositário, o facto de o legislador do C.C. não ter formulado uma norma idêntica à do art. 1768º, 1 do *Codice Civile* (*Il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia*), nem ter reenviado expressamente para os preceitos gerais, como fez o legislador espanhol (cfr. os arts. 1766º, *in fine* e 1104º, 2), não impediu a nossa melhor doutrina de defender o mesmo critério de apreciação em *abstracto* da culpa, por aplicação das normas gerais dos arts. 487º, 2 e 799º, 2 do C.C..

Na verdade, enquanto o legislador italiano parece ter adoptado a técnica de reafirmar em vários contratos típicos (cfr. os arts. 1710º, 1, 1804º, 1 e 2174º) o critério geral formulado no art. 1176º 1, PIRES DE LIMA - ANTUNES VARELA¹¹⁴ são da opinião de que a ausência de uma regulamentação específica, no depósito, não significa uma lacuna própria em virtude da generalidade do já citado art. 487º, 2, aplicável por remissão do art. 799º, 2. Os dois juristas¹¹⁵ sustentam mesmo, citando MIRABELLI, que a solução explicitamente consagrada (quanto ao mandato) no art. 1710º, 1, do *Codice Civile*, não traduz qualquer “confirmação da doutrina geral do art. 1176º...”, mas é explicada pelo regime menos gravoso existente no mandato gratuito (cfr. o n.º 2 do art. 1710º). Se é certo que o pensamento de MIRABELLI é adaptável à técnica utilizada na formulação do art. 1768º do *Codice Civile* – como veremos, o seu n.º 2, consagra, igualmente, um regime menos rígido para o depósito “personalizado” –, por outro lado, essa justificação não parece ser em absoluto procedente – repare-se que, no art. 1804º, referente ao comodato, exige-se que o comodatário guarde e conserve a coisa *con la diligenza del buon padre di famiglia* - e, de qualquer modo, não se

§ único do art. 1516º, correspondente em parte ao art. 1136º, 1. O nosso comentarista começou por sustentar a sua não transposição, mas baseado numa certa interpretação da obrigação de diligência prevista no art. 1435º, 1º (ver *infra*) acabou por defender, para o depositário, um dever praticamente idêntico ao que actualmente recai sobre o comodatário: salvação da coisa depositada de valor inferior ao da coisa própria, desde que o acto não exigisse mais empenho do que para salvar esta última.

No direito italiano, LUIGIMOSCO (*Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, E.D. XX, pp. 433-434), considera aplicável, em geral, o estatuído no art. 1805º, 1 (equivalente em parte ao nosso art. 1136º, 1), sob pena de ficar sem conteúdo o dever de guarda em face de *situações de perigo*.

¹¹⁴ *Op. cit.*, II, pp. 759-760 e 714-715, quanto à diligência do mandatário.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 714.

compreende porque é que o nosso legislador sentiu necessidade de formular especialmente a norma do art. 1124^o¹⁶.

Mesmo que seja exacta a posição metodológica em que se colocam PIRES DE LIMA - ANTUNES VARELA - e vamos partir desse dado - isso não significa, como é obvio, que se defenda um padrão de avaliação válido para todo e qualquer depósito, sem se procurar saber se o depositário é amigo ou vizinho do depositante, se há exclusivo interesse deste último ou se há um *pretium depositionis*, se o contrato é efectuado com um simples particular ou um empresário singular (por ex., um hoteleiro ou o dono de uma garagem de recolha automóvel) ou colectivo (por ex., um grande centro de vendas que aceite o depósito-armazenagem de casacos de peles). Será legítimo defender-se um critério *uniforme*, que abstraia da natureza gratuita ou onerosa do contrato ou da essencialidade, instrumentalidade ou lateralidade do dever de custódia?

A resposta não pode ser afirmativa, não só porque o argumento *ex silentio* é demasiado débil para se poder sufragar um regime sem *nuances*, resultante da aplicação do critério geral previsto no art. 487^o, 2, mas sobretudo porque este mesmo preceito está redigido de uma forma flexível (*maxime*, no apelo às “circunstâncias do caso”), rejeitando um modelo abstracto absolutamente tipificado. Efectivamente, em vez de se objectivar cegamente a figura do “depositário prudente e diligente”, há que valorar aquele conjunto de condicionantes que envolvem não só a natureza, o valor do bem¹⁷, o local e as condições em que se assumiu a guarda, mas também a natureza (gratuita ou onerosa) da prestação, a dimensão empresarial do “guardador” e a intensidade (no seio do contrato típico, atípico ou misto) do dever. Parece-nos, assim, que o tribunal, sem

¹⁶ Se se pretendeu deixar bem claro que o cuidado a empregar não é - como se dizia no art. 1306^o do C.C. de Seabra - o que o parceiro-pensador emprega “ordinariamente” nas suas coisas, não se pode esquecer que o disposto no art. 1435^o, 1^o, quanto ao depositário, também parecia ter em vista a *culpa em concreto* (“... o cuidado e diligência de que é capaz ...”).

PIRES DE LIMA - ANTUNES VARELA, *Noções fundamentais de direito civil*, I, 6^o ed., Coimbra, 1973, p. 338², face a redacção dada ao § 3^o do art. 717^o, inclinaram-se para a defesa, na responsabilidade contratual, do critério da *culpa em concreto*. Ver, também, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, I, p. 544 e nota 1.

¹⁷ Para a valoração das “circunstâncias do caso”, cfr. MEDICUS, *op. cit.*, p. 200 e, especificamente para o relevo da *natureza e valor* do bem, ver PIRES DE LIMA - ANTUNES VARELA, C.C. anot. II, cit., p. 759 e PESSOA JORGE, *op. cit.*, p. 81.

enveredar por um qualquer subjectivismo, deverá ser *mais exigente* para o depositário remunerado, para o que tem melhor organização, para o que exerce profissionalmente essa actividade e para aquele que não é um mero “vigilante” mas assumiu verdadeiramente o papel de depositário, mesmo que porventura no seio de um contrato misto combinado (por ex., o caso da recolha automóvel enxertada num contrato de hotelaria)¹¹⁸. Este “objectivismo relativizado” está aliás em consonância com a indeterminação de conteúdo da conduta de cada um dos “guardadores”, na ausência de instruções providas do depositante ou do dono da coisa (cfr. o art. 1190°).

Surge no entanto, neste passo, uma particular dúvida: não significará, afinal, a maior ou a menor exigência, *um desvio* ao critério geral do art. 487°, 2, postulando-se, assim, uma diligência superior ou inferior à que corresponde à actuação de um depositário ou “guardador” normalmente prudente, cuidadoso e prevenido?

A questão tem certa afinidade com aquela que se tem colocado a propósito da redacção dada ao art. 493°, 2 (em confronto com a norma do art. 487°, 2), entendendo a nossa doutrina mais qualificada que “o dever de diligência previsto no art. 493°, 2 não é mais do que a transposição do critério do art. 487°, 2, adaptado ao caso de actividade perigosa”¹¹⁹, que “...continuamos no âmbito do critério geral do art. 487°, 2, ... só podendo ser reprovada ao lesante a omissão dos cuidados que o bom pai de família não dispensaria, tendo em conta a especial periculosidade da actividade” ou ainda que pode “... variar o “metro” da culpa, sem que concomitantemente varie o critério que a ele conduziu”^{120 121}.

Relativamente a estas posições, não temos absoluta certeza acerca do seu bom fundamento, mas também propendemos para a aceitação da

¹¹⁸ Ver *supra*, n.º 4.3.

¹¹⁹ VAZ SERRA, R.L.J., ano 102°, pp. 319² - 320, anot. ao ac. do S. T. J., de 26-7-68.

¹²⁰ SOUSA RIBEIRO, *O ónus da prova culpa na responsabilidade civil por acidente de viação*, Coimbra, 1980, p. 37.

¹²¹ Também a doutrina italiana dominante, face à redacção dos arts. 2050° (equivalente e fonte do nosso art. 493°, 2) e 1681° (sobre a responsabilidade do transportador), tem entendido que a “chamada *diligentia diligentissimi* (patente nos dois normativos)”,... não se refere a um grau de culpa mais rigoroso do que a *culpa levis*, mas exprime uma particular ligação da *diligentia diligentis*, tendo em conta a particularidade do caso” (L.MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* R.D.C.D.O., 1954, I, p. 381).

tese central da *flexibilização* do parâmetro arvorado em critério geral, sobretudo porque os dados do sistema vigente não parecem permitir outra linha de pensamento. Esta conclusão é nitidamente adaptável ao problema que nos vem ocupando, com o significado importante de, na ausência de normas legais indicadoras, não se poder censurar da mesma forma o depositário mais apetrechado e capaz e o simples garagista, por omissões que conduziram, por ex., ao furto do veículo depositado ou entregue para ser reparado. Mais rigorosamente, o tribunal, perante a situação de facto que lhe for apresentada e o comportamento do agente, concluirá pela suficiência ou insuficiência dos cuidados e dos meios postos em acção. Se a um particular que guarda, por mero favor, um objecto valioso, não se pode exigir que, para prevenir a propagação de um incêndio ou o roubo, defenda esse objecto com uma porta de aço com certa espessura, já o mesmo não se poderá dizer da instituição bancária que ofereça o serviço de “aluguer de cofre”¹²².

Há, contudo, que formular os seguintes quesitos: não terá sido intencional o silêncio do legislador? Não valerá, para o *depósito gratuito*, o critério, teoricamente admissível, face à redacção dada ao preceito do art. 487º, 2), da *diligentia quam in suis*¹²³? Não é certo que esse critério é avocado para “premiar” a actuação desinteressada e altruísta do gestor de negócios¹²⁴, conquanto seja duvidoso que também aqui exista qualquer lacuna, face à afirmada generalidade do critério da “culpa in abstracto”?

¹²² Como referiu na altura a imprensa, certa instituição bancária só não sofreu os efeitos do incêndio do Chiado, pela existência de paredes de betão reforçado com malhas de aço e portas “corta-fogo”.

Para a diligência do albergueiro, ligada à existência de uma empresa, e relativa à chamada “*custodia directa*”, ver, M. FRAGALI, *Albergo (contratto di)*, E. D., I. pp. 983-984.

¹²³ É o que parece defender JANUÁRIO GOMES, *op. cit.*, p. 139, a propósito do contrato gratuito de recolha automóvel (no pressuposto de que constitui um depósito), ao aludir ao “paralelismo entre a actividade do depositário gratuito e do gestor de negócios” e ao referir-se ao critério que ANTUNES VARELA defende para a apreciação da diligência do último.

¹²⁴ Ver ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, *cit.*, pp. 428-429 e 545-546, e RIBEIRO DE FARIA, I, *cit.*, pp. 355-356, contra o que é defendido por GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 4.ª ed., 1982, p. 127, e VAZ SERRA proponha no seu articulado (cfr. o B.M.J. n.º 66, *Gestão de negócios*, pp. 134 e 270 e o art. 707º, B.M.J. n.º 101, p. 91) e constava do art. 445º, 3, do Anteprojecto (1.ª rev. min.), onde se remetia para as “regras da responsabilidade civil extracontratual”.

Ou, pelo menos, não se deverá responsabilizar o depositário remunerado, e que exerce essa profissão, pela culpa mais leve e desculpar o vizinho do depositante pela negligência em que não incorreria um *bonus pater familias*?

4.1. No tocante ao depósito gratuito, é de observar que certas legislações (o art. 1927º da *Code Civil*¹²⁵, o § 690 do B.G.B. e o art. 1266º do C.C. brasileiro), consagraram expressamente o critério romanista da “culpa em concreto”, o que certamente teve a ver, não só com a pessoalidade do contrato (*o intuitus personae*), aferida pela “honradez ou probidade do depositário”¹²⁶, mas também com a *confiança* existente nesse *sacer contractus*¹²⁷. (*totum fidei ei commissum est, quod ad custodiam rei pertinet*).

¹²⁵ O legislador francês, depois de, no art. 1917º, considerar o depósito como um contrato essencialmente gratuito (os arts. 1432º do C.C. de Seabra e 1835º, I do anterior *Codice Civile* seguiram igualmente essa qualificação), veio a consignar no art. 1928º (fonte do art. 1844º do mesmo *Codice*) as quatro situações que conduzem à aplicação *mais rigorosa* do critério adoptado no art. 1927º: depósitos onerosos, depósitos feitos no exclusivo interesse do depositário, ou convenionados por sua iniciativa e depósitos com assunção de uma cláusula de agravamento da responsabilidade.

Este sistema reflecte, até certo ponto, a doutrina de POTHIER relativa a tripartição dos graus de culpa (cfr. PESSOA JORGE, *op. cit.* p. 357), embora certa doutrina considere que os arts. 1928º e 1844º se querem referir à “culpa em abstracto” (ver A. JACK, *Les obligations et la responsabilité du garagiste*, R.T.D.C. 1932, p. 618, G. VISINTINI, *op. cit.* p. 144, citando SIMONCELLI e R. SCOGNAMIGLIO, *Note sulla responsabilità del depositario, Banca Borsa e Titoli di credito*, 1952, II, pp. 449-450).

O sistema do *Code Civil* compreende ainda, como elemento perturbador que importa situar devidamente, uma obrigação de *veiller à la conservation de la chose*, a executar com o emprego de *tous les soins d' un bon père de famille* (art. 1137º). Este preceito parecendo ter, à primeira vista, um âmbito específico de aplicação no domínio das *obrigações de entrega* (cfr. WEILL - F. TERRÉ, *Droit civil, Les obligations*, 3.ª ed., Paris, 1980, pp. 442 e ss.), é, para certos comentadores (desde LAURENT), uma norma de aplicação geral.

¹²⁶ CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 7.

¹²⁷ Para os trabalhos preparatórios relativos ao § 690, ver W. ROTHER, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*, 1965, pp. 186 e ss. e, para a sua justificação, ver K. LARENZ, *op. cit.* II, 1, p. 457, (relevando a inaplicabilidade do critério à violação do dever de cuidado com a pessoa do depositante), e ESSER - SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 100 e 385.

Para a delimitação da gratuidade do depósito, cfr. SOERGEL-MÜHL, *cit.*, p. 916, assinalando a inexistência dessa natureza, sempre que o depósito estiver associado a contratos onerosos, como acontece, por ex., na hospedagem e na reparação automóvel.

As soluções apontadas não são de estranhar, pois reflectem, a começar pelo *Code Civil*, um princípio geral de *atenuação* da responsabilidade nos contratos de *bien faisance* (cfr. os arts. 1374º, 2, 1891º e 1992º, 2)¹²⁸. No B.G.B., a possível irresponsabilização do depositário, que tenha actuado com culpa leve ou levíssima (cfr. o § 277 do B.G.B.) enquadra-se, igualmente, numa série de disposições legais que ao consagrarem uma verdadeira *Haftungserleichterung*¹²⁹ se baseiam num relacionamento pessoal em que “cada contraente se deve contentar com as características do outro” (o caso dos §§ 690, 708, 1359, 1664 e 2131) ou em que o devedor, efectuando ou prometendo uma prestação sem receber qualquer contrapartida, não se sente obrigado a garantir, senão até certo limite, a “integridade” da atribuição patrimonial (cfr., entre outros, os §§ 521, 599, 680 e o próprio § 690¹³⁰). Diga-se, no entanto, *en passant*, que é dominante, na doutrina e jurisprudência alemãs, a asserção de que a limitação de responsabilidade (à culpa grave e ao dolo) própria das *Gefälligkeitsverhältnissen* não constitui um princípio geral¹³¹, como aliás se comprova pela leitura das normas referentes ao mandato gratuito e se retira do diminuto espaço de aplicação do § 680 (relativo à gestão de negócios).

Mais importante é porventura a lição que se colhe nos autores germânicos ao criticarem o critério “histórico” *da diligentia quam in suis*. K. LARENZ¹³², W. ROTHER¹³³ e ESSER-SCHMIDT¹³⁴ consideram-no

¹²⁸ Para esse princípio, ver J. HUET, R.T.D.C. 1986, p. 143 e para a defesa, no mandato gratuito, do critério da “culpa em concreto”, J. FLOUR - J. L. AUBERT, *Droit civil, les Obligations*, II, Paris 1981, pp. 22-23. BOITARD, citado por HUET, entende, no entanto, que o princípio teria sempre a ver com uma *redução indemnizatória*, o que só parece correcto para a actuação do gestor, prevista no art. 1374º, 2. Ver, ainda, para a extensão deste ultimo preceito, M. ZANA, *Valutazione con “minor rigore” della responsabilità per colpa*, R.T.D.P.C., 1974, pp. 29-32.

¹²⁹ E. DEUTSCH, *Haftungsrecht I*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1976, pp. 291-292.

¹³⁰ ESSER-SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 384-385 e 100-101 (para uma perspectiva económica). Cfr. ainda, K. LARENZ, *Lehrbuch, cit.*, *Allgemeiner Teil*, pp. 291-192 e 553.

¹³¹ Cfr. nesse sentido, K. LARENZ, *op. ult. cit.* pp. 291-292 e 554-556 e *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed. (trad. de JOSÉ LAMEGO), Lisboa, p. 467, ESSER-SCHMIDT, *op. cit.*, p. 100, H. LANGE, *Schadensersatz*, Tübingen, 1979, pp. 411-412 e os autores aí citados. Em sentido contrário, Ver H.-J. HOFFMANN, *Der Einfluss des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmass*, A.c.P., 1967, pp. 403 e ss.

¹³² *Lehrbuch cit.*, *Allgemeiner Teil*, p. 291.

¹³³ *Op. cit.*, pp. 185 e ss.

¹³⁴ *Op. cit.*, p. 385.

antiquado, difícil de o pôr em prática (*maxime*, no aspecto da prova), propiciador de um certo risco patrimonial e “contrário ao sistema”, o que tem levado o *Bundesgerichtshof* a recusar a aplicação, em certas condições, dos §§ 708 e 1359.

O legislador italiano de 1942, prevendo a exclusão, em certos casos, da responsabilidade por culpa leve (cfr., por ex., os arts. 789° e 2236°), trata mais favoravelmente o mandatário, o depositário e o gestor de negócios (cfr., respectivamente, os arts. 1710°, 1, 1768°, 2 e 2030°, 2), desde que, nos dois primeiros casos, se trate de prestações gratuitas¹³⁵. Em vez de consagrar o critério da *diligentia quam in suis*, como tinha feito o legislador alemão (em relação ao depósito gratuito), mais razoavelmente o n.º 2 do art. 1768° do *Codice Civile* prescreve que *la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore*, e que, no caso de depósito oneroso, deve ser usada *la diligentia del buon padre di famiglia* (n.º 1 do mesmo normativo)¹³⁶. Tal como sucedeu na sistematização do *Code Civil*, o legislador italiano consagrou, nos artigos relativos ao cumprimento das obrigações, uma norma (o art. 1177.º) que estabelece uma obrigação de “*custodire*” nas prestações de entrega de coisas determinadas. O preceito (semelhante ao do art. 1137.º, 1 do *Code Civil*)¹³⁷ não deixa de ser factor de uma certa perturbação, sobretudo se aceitarmos a tese (mais ou menos pacífica) de que abarca as obrigações de restituição¹³⁸. Não parece haver, contudo, qualquer invasão do espaço ocupado pelas normas relativas ao depósito, nem sequer o estabelecimento de um critério diferente de diligência, já que, relativamente ao primeiro aspecto, é igualmente pacífico que o citado preceito se refere aos *deveres acessórios de guarda* e quanto, ao segundo, não se pode esquecer que, nesse âmbito, há que observar, em regra, a diligência do “bom pai de família” (art. 1176º). O

¹³⁵ M. BIANCA, *Dell' inadempimento delle obbligazioni* (arts. 1218° - 1229°), 2ª ed., Bologna-Roma, 1979, pp. 26 e 146, considera o disposto nos arts. 1710°, 1 e 1768°, 2, como emanações de um princípio geral circunscrito aos bens patrimoniais e extraído do regime previsto para o incumprimento ou mora do doador (cfr. o já referido art. 789°).

¹³⁶ No projecto de 1936, as soluções consagradas estavam ainda próximas das adoptadas nos arts. 1843° e 1844° do *Codice Civile* de 1865, pois previa-se a responsabilidade por “culpa em concreto” para o depósito gratuito e o critério da “culpa em abstracto” para o depósito oneroso. Cfr., sobre o ponto, A. DE MARTINI, *Deposito (diritto civile)*, N.D.I., V, p. 513.

¹³⁷ Cfr., aliás, *supra*, n.º 12.

¹³⁸ Ver a anotação feita por CIAN-TRABUCCHI *op. cit.*, pp. 475-476.

que não se afasta, como já o afirmámos¹³⁹, é a possibilidade de se aplicar analogicamente algumas normas do depósito¹⁴⁰, parecendo-nos que, numa hipótese em que o “guardador” preste gratuitamente o serviço principal (por ex., a reparação de um objecto valioso), a sua responsabilidade não poderá deixar de ser aferida pela norma “mais suave” do n.º 2 do art. 1768º, como quer que seja interpretada. A questão principal que se coloca à dogmática italiana é, exactamente, a da interpretação da expressão *minor rigore*, dificuldade esta do mesmo tipo daquela que se suscita a propósito do teor literal da norma do art. 1928º do *Code Civil*. Enquanto autores, como VISINTINI¹⁴¹, ZANA¹⁴² e DE MARTINI¹⁴³, defendem que a atenuação da responsabilidade do depositário (do mandatário e do gestor) incide apenas sobre a sua *medida*, consentindo uma liquidação mais flexível do dano, M. BIANCA¹⁴⁴, ressaltando o caso do gestor, considera essa atenuação como equivalendo a uma *irresponsabilização pela culpa leve*, e DE CUPIS¹⁴⁵, um pouco na mesma linha de pensamento, diz, sinteticamente, que essa moderação se refere apenas “à valoração do pressuposto culposo da responsabilidade” o que, aliás, está mais de acordo com a tradição do direito italiano, se exceptuarmos o disposto no art. 1228º do *Codice* de 1865, correspondente ao actual art. 1225º.

4.2. O nosso legislador também relevou o tratamento mais favorável da contraente que sem qualquer remuneração atribui uma vantagem económica ao outro (cfr. a redacção dada aos arts. 957º, 1134º e 1151º),

¹³⁹ Ver *supra*, n.º 3.1..

¹⁴⁰ CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, pp. 475-476, consideram aplicável, por ex., o art. 1770º, 2, correspondente ao nosso art. 1190º. Ver contudo, *infra*, n.º 186.

¹⁴¹ *Op. cit.*, pp. 145 e 156.

¹⁴² *Rev. cit.* pp. 24 e ss. O jurista chama a atenção para os perigos associados a uma *atenuação qualitativa*, pelo facto de poderem surgir tantos critérios de responsabilidade quantas as possibilidades de graduar a diligência. Para ZANA, o critério “quantitativo” é o que serve melhor a função reparadora da responsabilidade civil.

¹⁴³ N.D.I. *cit.*, p. 513.

¹⁴⁴ *Op. cit.* pp. 146-147. No mesmo sentido, cfr. M. FORTINO, *La responsabilità civile del professionista (aspetti problematici)*, Milano, 1984, p. 28.

¹⁴⁵ *Il danno*, I, 3ª ed., Milano, 1979, pp. 119, 195-196 e 589. Tal como BIANCA, também DE CUPIS interpreta “quantitativamente” o disposto no art. 2030º, 2, relativo a gestão de negócios, e chega mesmo a conceber, de *jure condendo*, a extensão de tal solução ao depósito e mandato gratuitos. Ver igualmente, *infra*, n.º 152.

não se esquecendo de “proteger” aquele que - o caso do achador de animais e de coisas moveis perdidas - sem o querer, actua em proveito alheio (cfr. o art. 1323º, 4)¹⁴⁶. Já dissemos que não se encontra no nosso C.C. qualquer norma especial que *atenue* a responsabilidade do depositário, conquanto a lei, de acordo com a origem fiduciária da figura, presume que o depósito é assumido gratuitamente (cfr. os arts. 1186º e 1158º)¹⁴⁷. Poderá estender-se ao depósito gratuito o princípio-limitador do fundamento da responsabilidade-“induzido” do art. 1323º, 4, e das outras disposições citadas?

A resposta parece ser negativa, por um lado devido à especificidade da hipótese contemplada nos referidos contratos¹⁴⁸ e, por outro, pelo facto de a norma do art. 1323º, 4 ser manifestamente *excepcional*, sem correspondência com a natureza contratual do depósito gratuito. A característica da gratuidade não se mostra decisiva para se poder afirmar que foi intenção do legislador formular um princípio válido para todo e qualquer acto gratuito, bastando atentar, para o comprovar, na regulamentação unitária do mandato. Mas não poderá defender-se, para o depositário não remunerado, o mesmo critério (o da apreciação da “culpa em concreto”) que certa doutrina aplica à actuação do *gestor de negócios*? Porquê tratar, em princípio, mais desfavoravelmente o depositário?

Relativamente a esta segunda questão, cremos que a resposta está antes na submissão dos dois agentes ao critério da “culpa em abstracto”,

¹⁴⁶ Integram, também, o círculo desse «melhor tratamento», o *transportador gratuito*, contratado ou não, (cfr. o art 504º, 2 e, em certa medida, o art. 18º do Decreto-Lei n.º 349/86, *cit.*) e o *devedor*, face à mora do credor.

Neste último caso, tem-se entendido que o devedor se converte numa espécie de «depositário forçado» (neste sentido, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, II, p. 155. BAPTISTA MACHADO, *A cláusula do razoável*, R.L.J., ano 121º, p. 66¹⁵⁴ e H-J. HOFFMANN, *rev. cit.*, p. 403, para a solução similar do § 300, 1 do B.G.B.).

¹⁴⁷ Para uma mesma presunção, cfr. os arts. 1767º do *Codice Civile*, 1760º do C.C. espanhol e 472º, 2 do Código suíço das Obrigações.

No direito romano clássico como o depósito era um contrato gratuito o depositário só respondia pelo seu *dolo*, a não ser que se tivesse *oferecido* para guardar a coisa, pois nessa hipótese seria igualmente responsável pela *culpa leve* (cfr. ÉDOUARD CUQ, *Les Institutions juridiques des Romains*, II, Paris, 1908, p. 394).

¹⁴⁸ PIRES DELIMA-ANTUNES VARELA, *C. C. anot.*, *cit.* pp. 696-697, defendem a natureza *geral* (relativamente aos contratos gratuitos) da norma do art. 957º, 1, mas o que é certo é que o conteúdo dessa regra não interessa directamente para o nosso problema, já que não se trata de responsabilidade pelos ónus ou vícios do direito ou da coisa transmitida gratuitamente.

já que nos parece problemática a defesa de um padrão subjectivo para a conduta do gestor. Os trabalhos preparatórios do nosso C.C. relativos à gestão de negócios¹⁴⁹, as críticas que tem sido endereçadas ao critério da “culpa em concreto”¹⁵⁰ e a reversibilidade dos argumentos aduzidos, na gestão de negócios, para fundamentar o critério da *diligentia quam in suis*, levam-nos a pensar que tanto o gestor¹⁵¹ como o depositário sem remuneração devem estar sujeitos ao *mesmo* padrão de avaliação da conduta. Vimos também, *en passant*, que, noutros sistemas positivos, não se consagra, para o gestor, esse critério subjectivo de apreciação, mas apenas se permite uma *redução indemnizatória* (cfr. os arts. 2030º, 2¹⁵² do *Codice Civile*, 420º, 2 do Código suíço e 1374º, 2 do *Code Civil*) ou uma *irresponsabilização por culpa leve* (cfr. o § 680 do BGB)¹⁵³, atentas certas circunstâncias a valorar pelo tribunal.

¹⁴⁹ Ver *supra*, n.º 124.

¹⁵⁰ Ver *supra*, n.º 4.1., Cfr., também, PESSOA JORGE, *op. cit.*, pp. 94 e ss. e DE CUPIS, *op. cit.*, p. 198.

O próprio CUNHA GONÇALVES (*op. cit.*, pp. 25 e 250), não deixou de criticar a fórmula utilizada no art. 1435º, 1, referente ao depósito (“...o cuidado e diligência de que é capaz para o bom desempenho do depósito”), considerando que, apesar do seu teor literal, não se podia admitir que o depositário justificasse com a sua negligência habitual o desleixo relativamente à coisa guardada.

¹⁵¹ O acto realizado pelo gestor pode, aliás, ter a ver com a *guarda* de objectos e valores e nesta hipótese só se justifica uma atenuação da sua responsabilidade, ocorridas certas circunstâncias, como na hipótese a que se referia VAZ SERRA, no seu estudo sobre a responsabilidade do albergueiro, quando este, relativamente às coisas *esquecidas* ou *propositadamente deixadas* no albergue, as guardasse como gestor (cfr. B.M.J. n.º 80 *cit.*, pp. 163 e 181).

¹⁵² G. DE SEMO, *Gestione di affari altrui (diritto vigente)*, NDI VII, p. 827, depois de justificar, com a necessidade “de uma lúcida reflexão sobre a conveniência da intervenção”, a adopção do critério da “culpa em abstracto”, entende que o acto unilateral, espontâneo e sempre gratuito do gestor, em conjugação com as circunstância do caso, poderão levar o tribunal a uma “moderação equitativa da indemnização”. Segundo G. DE SEMO, no mandato gratuito, atenta a sua “anormalidade”, é que haveria lugar a uma irresponsabilização por culpa leve.

¹⁵³ VAZ SERRA, no art. 707º do seu Anteprojecto (cfr. o B.M.J. n.º 66 *cit.*, pp. 135 ss. e 270 e o B.M.J., n.º 101, p. 91), defendia a possibilidade de o juiz *ser menos rigoroso* para o gestor que actuasse “para conjurar um perigo, que ameaçava o dono do negócio na sua pessoa ou no seu património”, e desde que não houvesse dolo ou *culpa grave*. Esta faculdade, que já não consta, no entanto, do art. 445º, 3 (1ª rev. min.), consistia, segundo VAZ SERRA, “... em reduzir o montante da indemnização, em apreciar a culpa com critério mais benévolo, ou em excluir a responsabilidade quando o gestor tiver procedido com simples culpa” (BMJ n.º 66, p. 135-136).

O invocar-se a natureza *contratual* do depósito gratuito e a “quase-contratualidade” da figura da gestão de negócios, não parece fazer alterar os dados da questão, ate porque a intervenção espontânea do gestor não é um “mero obséquio... que não suscita ... a consciência de uma vinculação ou responsabilidade jurídica ...”¹⁵⁴.

BAPTISTA MACHADO¹⁵⁵ vai, contudo, mais longe, pois após justificar, com base numa identidade de razão, o regime dos arts. 814º e 1323º, 4 do C.C., entende que a intervenção-acção do gestor parece conduzir, dado o seu *altruísmo*, a uma irresponsabilização por culpa leve. Noutro ponto do seu estudo¹⁵⁶, o saudoso professor esclarece que essa limitação só tem lugar quando a iniciativa do gestor *não é inteiramente livre*, mas “provocada pela pressão das circunstâncias ou das pessoas, ou pela necessidade de afastar um perigo eminente”. É certo que este “condicionalismo” não se verifica no contrato de depósito, mesmo gratuito, parecendo mais concebível numa detenção e guarda à margem de qualquer acordo¹⁵⁷, mas será essa uma razão decisiva para um tratamento *mais severo* para o depositário, que se *comprometeu* a prestar um serviço gratuito ao depositante? No exemplo apresentado por BAPTISTA MACHADO¹⁵⁸ - A, no recinto de uma feira de exposições, esquece a pasta em cima de um sofá, sendo aquela guardada por B, seu conhecido e proprietário de um *stand* - não se vê como possa ser defendido uma diferença de regime entre o depósito gratuito (no exemplo referido, dependente de um acordo, mesmo tácito)¹⁵⁹ e a gestão de negócios.

¹⁵⁴ LARENZ, *apud* BAPTISTA MACHADO, R.L.J., ano 121º, *cit.*, p. 38¹⁴³.

¹⁵⁵ R.L.J., ano 121º, *cit.*, p. 66¹⁵⁴.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 108¹⁶⁹.

¹⁵⁷ Para a relação entre o *depósito gratuito* e o chamado *depósito de cortesia*, ver, A. DALMARTELLO-G. PORTALE, E.D. *cit.*, pp. 272-273 e A. DE MARTINI, N.D.I. *cit.*, pp. 510-511.

Parece-nos correcta a tese de FORCHIELLI (*Deposito di cortesia o deposito gratuito?*, R.T.D.P.C., 1953, pp. 290 ss.) de negar qualquer diferença substancial de regime entre os dois depósitos. Para o jurista italiano, se é compreensível a autonomização de regime do transporte de cortesia, já e inconciliável com os interesses em jogo que alguém (*in casu*, a guarda de uma junta de bois, numa feira, durante a ausência temporária do dono) aceite a custódia de uma coisa sem “assumir” ao mesmo tempo os encargos dessa actividade (temporalmente limitada), mesmo que “enxertada” num transporte de coisas feito por razões de amizade.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 39¹⁴⁸.

¹⁵⁹ BAPTISTA MACHADO considera, contudo, que a “simples tolerância consciente” ou o “assentimento” do dono da coisa, não criam qualquer vínculo negocial.

Mesmo que essa atenuação de responsabilidade possa ser sustentada para *certa* intervenção gestória^{160 161} e se alargue, mesmo, à detenção e guarda de coisas sem qualquer obrigação *ex contractu* - tese susceptível de algumas reservas, já que aquele que aceita guardar uma coisa por mera cortesia não pode descurar a sua vigilância - parece-nos outro o regime a aplicar ao depositário a título gratuito.

4.2.1. Partindo do critério básico previsto no n.º 2 do art. 487º e presumida a natureza gratuita do contrato (o que pode ser infirmado pela existência de remuneração ou pela qualidade profissional do depositário)¹⁶²,

¹⁶⁰ Partindo de um caso retirado da jurisprudência francesa (cfr. a R.T.D.C. 1986, 2, pp. 142-143 e o comentário de J. HUET), BAPTISTA MACHADO (*rev. cit.*, p. 66¹⁵⁴) propendeu para a aplicação, ao gerente de um centro comercial-guardara um saco com objectos valiosos, esquecido por uma senhora, e entregue a uma recepcionista por quem o encontrara-do regime constante do art. 1323º, 4, certamente pela constatada "falta de iniciativa" do "gestor". *In casu*, o tribunal francês (a 1ª *Chambre civile*), considerou o gerente-que não evitou o posterior furto do saco-como gestor de negócios, aplicando-lhe o disposto no art. 1374º, 2 e relevando ainda a *culpa do lesado* (pela negligência na guarda do saco)

¹⁶¹ Em rigor, só nos casos de "perigo eminente" é que o acto do gestor nos parece espontâneo ou semi-espontâneo, e mesmo aí há que ver se a intervenção não resulta da lei.

¹⁶² Cfr. A. DE MARTINI, N.D.I. *cit.*, p. 510, para as dúvidas de qualificação que podem surgir em certos contratos complexos (albergaria, transporte etc.). Se o dono de um veículo o deixar a reparar a um amigo, comprometendo-se este a guardá-lo durante a ausência daquele, o depósito não deixará de ser gratuito, mesmo que o garagista tenha um *qualquer interesse* nessa guarda (pensemos, por ex., nas conversações que ambos já tiveram em vista de uma futura transacção do veículo). E se o proprietário do veículo autoriza a utilização do mesmo, como remuneração da custódia? Neste caso, parece estarmos já perante um depósito oneroso, e não perante um comodato, pois a obrigação principal (ou uma delas) traduziu-se na vinculação de guardar o veículo. Longe da rigidez que é visível no C.C. espanhol (art. 1768º), ao converter o depósito em comodato a partir da mera autorização expressa do uso dada pelo depositante, o nosso legislador (cfr. o art. 1189º) não tomou partido nessa questão, deixando para o intérprete a fixação do sentido das declarações negociais (ver PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *C.C. anot.*, II, *cit.*, pp. 763-764 e CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 29). Nessa pesquisa, se se chegar à conclusão de que o *interesse* que presidiu à entrega da coisa é *exclusivamente do accipiens*, é de concluir pela celebração de um comodato e não de um depósito (ver, a propósito da entrega de obras artísticas para serem *expostas* num determinado espaço, A. DALMARTELLO, *Esposizione (contratto di) cit.*, p. 877¹⁰) e pela consequente aplicação do regime previsto no art. 1136º, 2. Só que, e contrariamente à solução que CUNHA GONÇALVES (*op. cit.*, p. 255) defendia, com base no art. 1518º do C. C. de Seabra, de fazer responder o comodatário (que *utilizasse* a coisa ou que a *guardasse* já em situação de *mora*) sem poder invocar a relevância da causa virtual, o actual C.C. não autoriza que se conclua por um especial agravamento da posição do comodatário em mora (fora do

o tribunal deverá, como já dissemos, *adaptar* esse padrão abstracto de conduta às *circunstâncias objectivas e subjectivas que rodearam o depósito*. Assente - em função desse condicionalismo - que o depositário não foi diligente, por comparação com uma conduta - tipo, deverá o depositário, culpado da falta de restituição da *res deposita*, indemnizar a totalidade dos danos causados ao depositante? Ou por outras palavras: a medida da responsabilidade determina-se só em função dos danos ou também “pesará”, além de outras circunstâncias, *a maior ou menor culpa do depositário*, resultante da aplicação (flexível) do critério abstracto?

Se optarmos pelo primeiro termo da alternativa, e se dermos como assente que o critério proposto por ANTUNES VARELA para avaliar a diligência do gestor é o mais conveniente, este último poderá receber melhor tratamento que o depositário sem (e com) remuneração, não só porque este verá a sua diligência ser “medida” objectivamente, mas também porque, qualquer que seja a sua culpa, terá que indemnizar a totalidade dos danos. Esta solução parece-nos incongruente, pois embora haja uma diversidade conceitual entre as duas figuras, não se nos afigura que a natureza contratual do depósito gratuito absorva a nota comum da gratuidade da actividade. Apesar das dificuldades de enquadramento legal, é mais correcta a posição de BAPTISTA MACHADO, na medida em que a melhor tutela do gestor só é levada ao ponto de o irresponsabilizar por *culpa leve* e desde que a sua intervenção se mova dentro de certos parâmetros, como acontece, aliás, com o devedor da coisa, convertido em “depositário forçado”, por força da mora do credor.

Mesmo nesta última perspectiva, o depositário a título gratuito será tratado com mais rigor, o que só parece aceitável até certo ponto. A partir do momento em que se aceite que a maior ou menor culpa do depositário *deve influir sobre o montante da indemnização*, desaparecerá, ou melhor, ficará atenuada a *décalage*. Estaremos então perante um sistema em que

contexto do art. 807º, 2) ou que a sua nova qualidade de depositário lhe exija mais do que se exige de qualquer depositário.

O art. 1189º, à semelhança do disposto na norma correspondente do *Codice Civile* (art. 1770º, 1), não comina, para o uso indevido da coisa, a sanção consignada no art. 474º, 2, do Código suiço das Obrigações (responsabilidade do depositário pela perda resultante de simples caso fortuito desde que não prove que a coisa seria *sempre* atingida) e que certa doutrina italiana defende, como é o caso de FIORENTINO (cfr. CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 742).

o gestor, cuja intervenção tenha sido “provocada”, só responderá por *dolo* ou *culpa grave*, respondendo o depositário sem remuneração em função do seu *grau de culpa e de outras circunstâncias*, ou seja, segundo um critério *mais flexibilizado*¹⁶³. E qual é a base legal que “autoriza” tal procedimento?

Se o nosso legislador tivesse editado uma norma idêntica à do art. 1768º, 2, do *Codice Civile*, a questão estaria resolvida, sobretudo se a sua redacção evitasse as já referidas dúvidas sobre o exacto alcance do preceito italiano. Como não existe norma do mesmo teor, a “chave” para a solução do quesito poderá estar na aplicação da *norma* ou do *princípio* subjacente ao art. 494º. Não desconhecemos a repulsa que o pensamento dominante¹⁶⁴ sente na transposição, para a esfera contratual, desse normativo, mas também nos parece que há motivos para que essa aplicação (directa¹⁶⁵ ou por analogia¹⁶⁶) se possa fazer, sob pena de não ter

¹⁶³ Em teoria, pode conceber-se a extensão do critério à gestão “normal”. Como quer que seja, não nos parece juridicamente defensável uma autonomização do *depósito de cortesia*, que conduza a um tratamento diferenciado do depósito gratuito contratado (ver. *supra*, n.º 157), tanto mais que no quadrante onde poderia haver essa diferenciação - o do transporte gratuito não contratado - a doutrina é expressa em defender a equiparação de regime (ver, por todos, SOUSA RIBEIRO, *cit.* pp. 86 e ss., *maxime*, p. 111¹⁴⁸ e, por último, ANTUNES VARELA, *op. cit.* I, p. 641). A única excepção é o caso do transporte marítimo de pessoas em navio não utilizado para fins comerciais (cfr. o art. 18º do Decreto-Lei n.º 349/86 *cit.*) Atente-se ainda, e para reforçar a defesa dessa equiparação, que não há igualmente nenhuma diferença entre a responsabilidade (por *culpa in vigilando*) do obrigado *ex lege* (ou *ex contractu*) e a daquele (por ex., uma avó) que vigia a criança por meras razões de parentesco.

¹⁶⁴ Cfr., por todos, ANTUNES VARELA, *op. cit.* I, p. 885 e II, p. 102 Defendem a sua extensão à órbita contratual, PESSOA JORGE, *op. cit.*, pp. 365-366, F. DIAS-SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade médica na Europa Ocidental (Considerações «de lege ferenda»)*, SI, tomo XXXIII, n.ºs 187-188, 1984, p. 103³ (propendendo para a aplicação *analógica*, pressuposto o acentuado desequilíbrio entre a gravidade da culpa e os danos), e PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, pp 95¹⁸²⁻⁹⁶. Este jurista aplica mais o princípio do que a norma, nos casos excepcionais em que segundo a boa fé o devedor beneficia da doutrina do “limite do sacrifício”. Ver, para a redução da indemnização contratual, o art. 99º, 3 do Código suíço das Obrigações (cfr. também o seu n.º 2 e o tratamento especial dos contratos que não trazem vantagens ao devedor).

¹⁶⁵ Não se pode esquecer que a responsabilidade do depositário que não cumpra diligentemente as obrigações contratuais é *simultaneamente* contratual e extracontratual, desde que destrua, danifique ou perca culposamente a coisa guardada e pertencente ao depositante. Consequentemente, a opção que depositante lesado faça pela via extracontratual, não deve impedir o tribunal de aplicar o art. 494º *ex officio* ou a pedido do lesante.

efeito prático a conclusão a que se chegue relativamente à maior ou menor culpa do depositário não remunerado. Por outro lado, a *natureza pessoal* do contrato leva-nos a pensar que a circunstância de a indemnização poder não acompanhar o valor do dano não vai contra as expectativas de um credor (o depositante) que *escolheu* o seu contraente e, mais do que isso, “determinou” o regime do contrato.

A recusa da aplicação do art. 494º ou do seu princípio implica a unificação da disciplina a aplicar à responsabilidade de qualquer depositário contratual, ficando a subsistir diferenças patentes de regime entre o depositário não remunerado e outros agentes que também actuam em exclusivo *proveito alheio*, pois não há a possibilidade de se defender *secundum legem* uma atenuação *qualitativa* da responsabilidade do depositário. A defesa da mera aplicação directa conduzirá apenas ao tratamento diferenciado dos depositários que lesem as coisas *pertencentes* aos depositantes¹⁶⁷, sem que existam razões substanciais para o tratamento mais severo dos casos em que ao depositante só esteja aberta a via contratual.

4.3. O critério geral do art. 487º, 2 deverá aplicar-se, de acordo com as particularidades de cada caso, aos contratos *típicos* e aos contratos *mistos complementares*, integrados por um *dever acessório de guarda*. Na verdade, quanto ao dever, *qua tale*, não existe grande diferença entre aquele que guarda em vista de uma restituição e aquele que, para reparar, entregar, transportar, ou usar (um certo objecto), o tem *necessariamente* que guardar e restituir ou entregar ao comprador ou ao destinatário. Esta

¹⁶⁶ Se o depositário danifica a coisa que não pertencia ao depositante ou na hipótese de ela vir a ser furtada ou roubada por sua negligência (do depositário), não deixa de ser razoável a aplicação art. 494º “...quando, *dado o volume dos danos*, a indemnização que os cobrisse a todos fosse claramente *injusta* em face da pequena culpa do lesante, da disparidade de condições económicas das partes, etc.” (PEREIRA COELHO, *Obrigações*, cit., p. 184). O princípio subjacente a este preceito não é a *equidade* (esta só influi no *quantum* da indemnização), mas tem a ver com a função sancionatória da responsabilidade civil e que é o “elemento geral susceptível de extensão analógica”. Para a aplicação analógica das normas que não são “verdadeiramente excepcionais”, ver VASCO XAVIER, *A forma do contrato-promessa de compra e venda e a execução específica das obrigações emergentes do contrato no Código Civil de 1966*, Coimbra 1983, pp. 34⁸⁷-37.

¹⁶⁷ Essa aplicação directa terá igualmente lugar se o proprietário - não depositante demandar o depositário nos termos gerais dos arts. 483º e ss..

afirmação não deixa de ser relativa se pensarmos na *função* de cada contrato e na posição que o dever ocupa relativamente à prestação principal.

Mesmo nas hipóteses contratuais em que essa relatividade se potencia, como acontece quando o dever de custódia não integra o conteúdo do dever de prestação, mas apenas releva *lateralmente*, por força da solidariedade contratual e em ordem a uma *conduta* apta a tutelar a integridade real da coisa, a não adopção de certas medidas pode comprometer decisivamente, em razão da conexão existente, a realização do fim contratual^{168 169}.

Na falta de normas que disponham em sentido diferente, a diligência do *transportador*, do *vendedor*, e do *empreiteiro* não deve ser aferida por qualquer critério *subjectivo*, mas deverá ser avaliada em função de um padrão *de conduta*, devidamente adaptado a cada situação. Não se estranhará, assim, que o dever de custódia do transportador (sobre as coisas que transporta), em virtude de uma “detenção” particularmente intensa, exija mais dele do que o problemático dever de vigilância (sobre os meios de transporte dos seus trabalhadores) reclama da entidade patronal.

Analogamente, o dizer-se que o empreiteiro (adstrito à reparação de uma máquina) só é obrigado àquela diligência que lhe permita cumprir a sua obrigação essencial, não tem outro significado que não seja o de *enquadrar* o seu dever de guarda na complexidade de um contrato cujo objecto não consiste na guarda e restituição de uma coisa, mas engloba esses actos. O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, para o *mandatário*, encarregado de vender um veículo¹⁷⁰. Nesses casos, pese embora a circunstância desse dever de custódia integrar, normalmente, um complexo contratual com características de onerosidade, ate em função da actividade profissional exercida, isso não significa que, numa ou noutra hipótese, não possa conceber-se a prestação *gratuita* desse serviço acessório¹⁷¹,

¹⁶⁸ A reacção à violação desse dever pode consistir na própria resolução do contrato. Ver também *supra*, n.º 3.3.

¹⁶⁹ A dificuldade reside aqui em saber como se valora globalmente essa “actividade de relação”, para empregarmos a linguagem de BRESCIA. Para o relacionamento entre a boa fé objectiva e a diligência”, ver MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, II, Coimbra, 1984, pp. 1225-1226 e 1229-1230, M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 76-78 e R.D.C. *cit.*, p. 210 e, sobretudo, U. BRESCIA, *op. cit.*, pp. 41 e ss..

¹⁷⁰ Para essa diligência, ver PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *op. cit.*, II, pp. 714-716 e 718.

¹⁷¹ Cfr. A. DE MARTINI, N.D.I., *cit.*, p. 510.

com as consequências a que nos referimos da possível aplicação da norma do art. 494°.

Na jurisprudência italiana formou-se mesmo uma corrente, contestada por certa doutrina em virtude do seu teor acrítico, defensora da aplicação ao *empreiteiro* de certas normas de depósito (*maxime*, a do art. 1768°, 1, sobre a diligência do depositário¹⁷²), nos casos de perda dos materiais entregues ou da coisa a reparar¹⁷³. Sempre que os tribunais italianos subsumem o dever de guarda à norma genérica do já citado art. 1177°, eles não deixam de valorar a diligência do empreiteiro nos termos do art. 1176° (norma geral e formalmente idêntica à do art. 1768°, 1), sendo bastante exigentes nessa apreciação¹⁷⁴.

¹⁷² Como fomos referindo, *en passant*, além de outras são igualmente de aplicar ao empreiteiro as normas constantes dos arts. 1187° b), 1189°, 1190° (correspondente ao art. 1770°, 2 do *Codice Civile*), 1199° c) (correspondente ao § 694 do B.G.B.) e 1201° do C.C., embora no caso do art. 1190° seja necessário, como pressuposto, a existência de um acordo sobre o *modo* da guarda. Cfr., sobre a extensão do § 694, MEDICUS, *op. cit.* p. 199.

¹⁷³ M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 127 e ss., afirma claramente que os deveres de guarda devem ser exercidos com diligência, de maneira a prevenir-se a ocorrência de furtos.

¹⁷⁴ Cfr. G. VISINTINI, *op. cit.*, pp. 333-334 e o relevo do "*rapporto d'affidamento*". A *Corte di Cassazione* (sentença de 19-2-81) aplicou, precisamente, as normas gerais sobre a diligência no cumprimento das obrigações, a um mandatário (sem representação) encarregado de vender certa quantidade de abóboras num mercado horto-frutícola. Aquele vendeu apenas algumas abóboras, tendo a maior parte sido declarada imprópria para consumo. Perante o pedido de indemnização formulado, o mandatário considerou imputável ao mandante a deterioração das abóboras, pois não só o informara do pouco êxito da venda, como o aconselhara (sem êxito) a retirá-las do mercado ou a vendê-las aos criadores de animais. Enquanto a *Corte d'appello* de Veneza, considerando existir um *verdadeiro depósito*, avaliou a diligência do mandatário nos termos dos arts. 1768°, 1787° e 1789° (estas duas normas são relativas ao depósito nos armazéns gerais), a *Corte di Cassazione*, relevando a guarda das abóboras como dever instrumental, relativamente à actividade jurídica do mandatário, concluiu pela aplicação ao caso do art. 1176°. Em virtude dessa dependência, o tribunal de Veneza deveria apenas - segundo a *Corte di Cassazione* - ter apurado a duração média da actividade de venda de produtos horto-frutícolas e, em função disso, averiguar os procedimentos de conservação utilizados nesses casos.

Já na hipótese sobre que versou o ac. da R.C., de 17-12-85, *cit.* (*supra*, n.º 39), o tribunal resolveu o caso - danificação do veículo pelo encarregado de uma oficina de reparação, após a sua lavagem, lubrificação e mudança de óleo - ignorando totalmente a incidência, no contrato, de um dever de guarda, tanto mais que ficara estipulado que o veículo deveria ser restituído a seguir à realização daqueles serviços. A Relação de Coimbra, depois de qualificar o contrato como de empreitada, condenou a ré, aplicando, pura e simplesmente, a regra probatória do art. 799°, 1.

4.3.1. Certa doutrina italiana tem-se referido a contratos consensuais, caracterizados pela ausência de *uma efectiva detenção da coisa*, e cujo incumprimento implica uma responsabilidade que tem, ao que parece, a particularidade de ser *objectiva*, embora não absoluta, e *limitada* no seu quantitativo. Esta objectivação está reflectida no *Codice Civile* e abrange a responsabilidade do *transportador* pela perda ou deterioração das coisas transportadas (cfr o art. 1693º), do *albergueiro* pelas coisas trazidas para o albergue pelos clientes, mas não entregues a título de depósito (cfr. o art. 1783º), dos *armazéns gerais* pela conservação das mercadorias depositadas (cfr. o art. 1787º) e das *instituições bancárias* pela aptidão e custódia dos locais e pela integridade dos cofres “alugados” (cfr. o art. 1839º).

A responsabilidade *ex recepto* é de raiz romanística, pois no direito romano os capitães dos navios, os donos de albergues e os estabelecimentos respondiam, independentemente de culpa e de efectiva detenção, por qualquer dano que atingisse as coisas, a não ser que se provasse uma *vis maior*, como, por ex., a *vis hostium* ou o *incursus latronum*¹⁷⁵. Trata-se, contudo, de uma responsabilidade cujo fundamento é controvertido e em que a afirmação (dominante) de que o agravamento radica, nesses casos, na necessidade da prova *positiva* das causas exoneratórias da responsabilidade (*maxime*, as relacionadas com o *caso fortuito* ou a *força maior*) é contestada¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Cfr., para esse *receptum nautarum, cauponum, tabulariorum*, C.A. FUNAIOLI, *rev. cit.*, p. 10, e VAZ SERRA, B.M.J. n.º 80, cit., pp. 138³-139.

¹⁷⁶ Para a diferença entre esse agravamento probatório e a operacionalidade da regra referida no art. 1256º, ver A. DE MARTINI, N.D.I. *cit.*, pp. 514-515 e a alusão crítica à tese redutora (da diferença) de MAJELLO. Também COTTINO, *Caso fortuito (dir. civ.)*, E.D., VI, p. 383 e G. VISINTINI, *op. cit.*, pp. 158 e 245 e ss., não concordam com a tese dominante, entendendo esta última, que não há qualquer diferença substancial entre o regime atinente à responsabilidade *ex recepto* e as normas gerais relativas à responsabilidade contratual.

ALPA, *apud* V. DE LORENZI, R.D.C., n.º 2, II, 1982, p. 93, em anotação a uma sentença da *Corte di Cassazione* que considerou, de acordo com a jurisprudência dominante, o transportador terrestre responsável (*ex recepto*) pelo furto cometido sem violência ou ameaças, não deixa igualmente de se insurgir contra o excessivo rigor do regime de responsabilidade do transportador terrestre, até por comparação com as outras modalidades de transporte (ver, para o ponto, a R.D.C. n.º 2, 1990, pp. 245-246 e M.C. CAPPONI, *Responsabilità oggettiva del prestatore di servizi*, R.D.C.D.O., 1989, pp. 579-580).

No tocante à *ratio* do alegado agravamento da responsabilidade *ex recepto*, ela tem sido baseada na *relação de confiança* (“*affidamento*”) existente, na *onerosidade* das situações, em conjugação com a *diligência profissional* e no chamado “risco profissional ou de empresa”¹⁷⁷. Este último fundamento, que TRIMARCHI teorizou, foi particularmente afirmado a propósito da responsabilidade do *albergueiro* (ou do dono do hotel, da pensão ou da estalagem) pelas coisas não entregues em depósito, mas simplesmente introduzidas no albergue, encontrando-se, igualmente, na doutrina germânica, e a propósito da responsabilidade expressa no § 701 do B.G.B., a referência a esse “*Betriebsgefahr*”¹⁷⁸. Esta tese é, no entanto, “corrigida” por aqueles que aludem simplesmente a uma “*Garantiehaftung*”¹⁷⁹, que não está estritamente ligada à “perigosidade dos locais do alojamento” e que não exige, por isso mesmo, uma “*Gefährdungshaftung*” que cubra os danos fortuitos.

Por outro lado, a própria natureza objectiva da responsabilidade *ex recepto* é posta em causa por certa doutrina italiana, impressionada com a circunstância de a lei admitir algumas causas de exoneração, relacionadas genericamente com eventos fortuitos, com a natureza ou os vícios da própria coisa e com a conduta do lesado. Daí que, autores como A. DE MARTINI¹⁸⁰ e M. FRAGALI¹⁸¹, reconduzam a responsabilidade ao *princípio subjectivo da culpa*, fazendo tábua rasa não só do princípio de que em regra, qualquer risco tem uma extensão determinada pela *natureza da actividade desenvolvida*, mas também dos próprios *dados do direito positivo*.

A chamada responsabilidade *ex recepto* não tem, entre nós, a projecção legislativa que teve no *Codice Civile*, a não ser no domínio do contrato de *transporte*. Efectivamente, se pensarmos que não ficou

¹⁷⁷ Para esses critérios, ver, VISINTINI, *op. cit.*, pp. 149 e ss..

Para a ligação entre a responsabilidade do albergueiro, a ideia de uma “organização idónea a garantir a integridade e a segurança” das pessoas e a política legislativa de não tolher o desenvolvimento de certas actividades económicas, cfr. F. GALGANO, *Diritto privato*, 5ª ed., Padova, 1988, pp. 550-551.

¹⁷⁸ Ver, E. KSOLL, *Schuldverhältnisse (Besonderer Teil)*, 3ª ed., Düsseldorf, 1962, p. 223.

¹⁷⁹ FIKENTSCHER, *op. cit.*, pp. 600-601. LARENZ, *op. cit.*, II-1, p. 461, releva esse “*gesetzliche Einstandspflicht*”.

¹⁸⁰ N. D.I., *cit.*, p. 514.

¹⁸¹ E.D., *cit.*, pp. 990-992.

consagrado o regime que VAZ SERRA propunha para a responsabilidade do albergueiro¹⁸², e que não temos, no nosso ordenamento positivo vigente, normas idênticas às dos arts. 1787^o¹⁸³ e 1839^o¹⁸⁴, parece que só no caso da responsabilidade do transportador (pela perda ou deterioração dos objectos ou pelo atraso na sua entrega) é que se vislumbra esse agravamento¹⁸⁵. A existência, neste contrato nominado, de um indiscutível *dever de guarda*, torna extremamente importante a tarefa da correcta delimitação do regime de responsabilidade do transportador, para que não haja, numa perspectiva de política legislativa, *diferenças patentes* entre os diversos transportadores. A partir do momento em que a disciplina do contrato de transporte se mostre lacunosa, surgirá em primeiro plano a questão, já enunciada noutros lugares, da aplicação analó-

¹⁸² Cfr. os arts. 1º a 8º do seu articulado, no B.M.J. n.º 80, cit., pp. 179-183. Na mesma linha do art. 1784º do *Codice* e do § 702 do B.G.B., VAZ SERRA propunha, no art. 2º, uma *indenização total* para o *depósito* de objectos valiosos, ou para o caso de haver recusa ilegítima em aceitá-lo.

¹⁸³ Cfr. os arts. 408º a 424º do C. Com. Diga-se, no entanto, que incumbindo aos "armazéns gerais" uma particular *obrigação de guarda* dos géneros e das mercadorias depositadas, não haverá dificuldade na aplicação das regras gerais sobre o incumprimento das obrigações e (por analogia) de certas normas do depósito (*maxime*, a do art. 1188º, 1).

¹⁸⁴ Da análise das condições gerais sobre "aluguer de cofres" resulta *implicitamente* que a instituição bancária garante a *segurança dos locais e a vigilância dos cofres*, não se responsabilizando, contudo, pelos danos derivados de *casos fortuitos ou de força maior* (cfr. G. FERRI, E.D. cit., pp. 460-461 e o curioso confronto entre a responsabilidade do albergueiro e da Banca). É mais fácil de esclarecer o alcance da seguinte cláusula de adesão: "O Banco não assume responsabilidade alguma relativamente à natureza, quantidade ou valor dos papéis, títulos ou objectos encerrados no cofre alugado" (ver, *supra*, n.º 3.2.).

¹⁸⁵ Os arts. 383º e 382º, § 2 do C. Com., parecem consagrar uma *presunção de culpa* (ou de responsabilidade?) cujo conteúdo do ónus da prova é *positivo*, embora *limitado* aos factos impeditivos referidos nos dois preceitos (ver, aliás, o n.º 6 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 39.780, de 21-8-54, contendo o Regulamento para a Exploração e Polícia dos Caminhos de Ferro e os arts. 67º e 70º). O Supremo, no ac. de 17-5-84 (B.M.J. n.º 337, p. 386), aplicou ao transportador o art. 383º, articulando-o com uma *presunção de culpa*. Cfr., também., os arts. 17º e ss. do Decreto-Lei n.º 46.235, *cit. supra*, n.º 8.

Tal como está consagrado na Convenção de Varsóvia, de 12-10-29 (cfr. o Diário do Governo de 10-8-48) e no Protocolo da Haia, de 28-9-55 (aprovado para ratificação pelo Decreto-Lei n.º 45069 de 12-6-63), o nosso legislador (arts. 3º b) e 5º do Decreto-Lei n.º 321/89, *cit. supra*, n.º 16) adoptou o mesmo sistema de *responsabilidade objectiva limitada* (nos casos de avaria, perda, destruição e deterioração de bagagens) obrigando o transportador a fazer o respectivo seguro (cfr. o art. 17º).

gica das normas do contrato (depósito) correspondente ao elemento secundário¹⁸⁶.

5. A doutrina nacional¹⁸⁷ considera que o *dever de guarda* do depositário é uma obrigação de *pura diligência*, consistindo basicamente num *facere* de conteúdo variável, em função do critério do art. 487º, 2. A valoração desse dever como um fim em si mesmo, dotado de autonomia, foi posto em causa por autores que, ao negarem a primazia e a essencialidade dessa prestação, concluíram pela sua natureza meramente *instrumental* em virtude da conexão com o *dever (primário) de restituição*.

Nos escritos de MENGONI¹⁸⁸, vemos afirmado que “o conteúdo da obrigação de custódia não se esgota no conceito de “*diligentia in custodiendo*”, mas é mais um critério de controle do comportamento do devedor no caso de impossibilidade superveniente do resultado devido” ou que “o depositante entrega a coisa ao depositário não só e não tanto para que a guarde, mas para que, num certo momento, a restitua no estado

¹⁸⁶ Ver *infra*, a propósito da aplicação ou não da norma do art. 1188º, 1.

Quanto, por ex., à norma do art. 1190º, a *Corte di Cassazione*, em sentença de 13-10-55, não considerou aplicável, por analogia, ao contrato de “aluguer de cofre” a norma correspondente do *Codice Civile* (art. 1770º, 2). Em 1943, as tropas alemãs ocuparam a sede de Pescara do Banco de Roma e depois de arrombarem os compartimentos blindados que continham os cofres levaram o seu conteúdo. A questão que se colocou mais tarde sintetizou-se num quesito: o dano sofrido pelos clientes ficou a dever-se a culpa do Banco ou a um caso de força maior?

Na anotação à sentença, BIONDO BIONDI (*Forza maggiore in tema di servizio delle cassette di sicurezza, Banca Borsa e Titoli di credito*, 1956, I, pp. 288 e ss.), concordou com a não aplicação, ao caso, do normativo do art. 1770º, ao considerar que a obrigação de vigiar os *locais* (necessariamente reforçada em tempo de guerra) e de assegurar a *integridade dos cofres*, não compreende, por razões *jurídicas e materiais*, a *faculdade* de transferir para outros locais (pretensamente mais seguros) os cofres alugados. Do que o jurista italiano se parece esquecer ou, pelo menos, desvaloriza (até no exemplo que cita, e colhido numa passagem do *Digesto*, da obrigação de *dare* um escravo, que entretanto adoece e morre por falta de tratamento do devedor) é a força da *boa fé*, enquanto critério “amplificador” do conteúdo contratual.

¹⁸⁷ Cfr. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, I, p. 87¹ ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 734¹, RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, II, p. 358, MANUEL ANDRADE, *op. cit.*, p. 414, VAZ SERRA, *Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor*, B.M.J. nº 46, p. 29, e GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, I, Lisboa, 1944, p. 206.

¹⁸⁸ *Rev. cit.*, p. 387.

em que a recebeu". Do mesmo modo, FUNAIOLI¹⁸⁹, aderindo parcialmente à concepção de MENGONI e à construção de NICOLÒ do direito do credor como direito ao bem-resultado, considera que o "dever de guarda está subordinado, no seu conteúdo, não tanto ao acto material da restituição da coisa, mas à finalidade de assegurar a conservação dos bens económicos confiados, protegendo-os dos perigos que os possam atingir". Segundo o jurista italiano recairia sobre o depositário uma "obrigação de resultado", na medida em que o interesse do credor-depositante relevaria, sobretudo, da manutenção da "integridade física ou económica da coisa".

É evidente que estas concepções, aliadas à tese de UGO MAJELLO¹⁹⁰ de não considerar a guarda como causa do depósito e de a ver apenas como "dever de protecção de uma coisa alheia" e como "critério de responsabilidade", não são neutras, tendo consequências importantes, não só no que diz respeito aos *limites* e ao *âmbito* da actividade do depositário, mas também no que concerne à *avaliação* dessa mesma conduta. De facto, e quanto a este último ponto, a não autonomização ou a instrumentalidade do dever de guarda faz com que *não se possa formular qualquer juízo de valor sobre a conduta diligente* do depositário, à margem da sua influência no resultado-utilidade, ou seja, a conservação-restituição da coisa. Consequentemente, em caso de perda ou deterioração, a irresponsabilidade do devedor não resultaria da sua "prestação diligente de guarda", mas haveria que demonstrar (pelo devedor) a falta de imputabilidade ou a natureza fortuita do evento preclusivo do resultado devido¹⁹¹. Em face da falência do dever essencial de conservação-

¹⁸⁹ *Rev. cit.*, pp. 18 e ss. e 27.

Para fundar legalmente a sua posição, FUNAIOLI refere a redacção dada aos arts. 1177° e 1787° do *Codice Civile*.

¹⁹⁰ Cfr., para o núcleo central das posições de MAJELLO, *L'onere della prova nell'accertamento della responsabilità del depositario. Banca Borsa e Titoli di credito*, 1960, II, pp. 329 e ss., a recensão que P. SCHLESINGER faz da sua obra (*Custodia e deposito*, 1958) na R.D.C. 1961, I, pp. 401 e ss., A. DALMARTELLO-G. PORTALE, *E.D. cit.* pp. 238 e ss. e A. DE MARTINI, *N.D.I. cit.*, pp. 501-503.

Este último jurista *relativiza* (em função do fim do depósito) a *obrigação de detenção* do depositário, considerando-a, consequentemente, como subordinada à *obrigação de guarda*, verdadeira *causa e conteúdo* do contrato. Sobre a relação entre o *título de detenção*, o *dever de guarda*, e a *responsabilidade*, ver especialmente a p. 502.

¹⁹¹ MENGONI, *rev. cit.*, pp. 384 e ss., não deixa de criticar a posição extrema de OSTI, por este considerar o dever de guarda como obrigação *a se*, independente do dever

restituição, o devedor só ficaria exonerado desde que se estivesse perante uma *impossibilidade objectiva*, não bastando a prova de ter sido diligente.

A *desvalorização* do dever de guarda do depositário ou a negação da sua natureza obrigacional (como na tese da “representação possessória” de MAJELLO), não deixa de ser criticada no seio da própria doutrina italiana por autores, que, como BENATTI¹⁹², SCHLESINGER¹⁹³ e DALMARTELL-PORTALE¹⁹⁴, chamaram a atenção para a consequência absurda a que pode conduzir a concepção que nega autonomia ao dever de guarda. Efectivamente, o credor-depositante, na fase de desenvolvimento do contrato, não poderia reagir contra a conduta negligente do devedor, tendo que esperar pelo fim do contrato, pelo jogo do “acaso” ou pela ... deterioração ou perda da coisa.

Na verdade, e desde logo, não faz sentido que, *medio tempore*, o depositante, apesar da ausência de um dano, não possa, por ex., *resolver* o contrato, se se provar que o devedor está a ser descuidado ou imprudente na guarda da coisa (está a usá-la, deu-a em depósito a um terceiro ou não está a cumprir as instruções do depositante). É até de estranhar que, no elenco das normas sobre o depósito, falte uma norma idêntica à do art. 1203º do Anteprojecto (1ª Rev. Min.)¹⁹⁵, já que o princípio que ela acolhia está apenas parcialmente patente na redacção dada aos arts. 1194º e 1201º¹⁹⁶. Por outro lado, se a prestação infungível (cfr. o art. 1189º) de guarda não é susceptível de execução específica, não esta posta de lado a possibilidade de uma condenação ao cumprimento e a aplicação da *sanção pecuniária compulsória*, dada a redacção do art. 829º - A, 1.

de restituição, e de atribuir ao credor o ónus de provar a “*negligentia in custodiendo*”, individualizadora do incumprimento.

¹⁹² *Osservazioni in tema di “doveri di protezione”*, R.T.D.P.C., 1960, pp. 1353-1354.

¹⁹³ *Rev. cit.*, pp. 407-409.

¹⁹⁴ *E.D. cit.*, pp. 239-242 e 258-259.

¹⁹⁵ Segundo esse preceito, qualquer das partes poderia *rescindir* o contrato, se para isso tivesse justa *causa*.

No art. 845º, 1 do C.P.C., é que se prevê a remoção do depositário, se não cumprir os seus deveres funcionais.

¹⁹⁶ Certa doutrina italiana (cfr. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, pp. 249-250), aplica *analogicamente* ao depósito a norma do art. 1804º, 3, correspondente ao nosso art. 1140º. Ver, no mesmo sentido, MENGONI, *rev. cit.* p. 204⁷² e A. DALMARTELLO-G. PORTALE, *E.D. cit.*, p. 239 (desde que haja prazo estipulado a favor do depositário). Estes autores mostram-se receptivos à aplicação da norma que, no *Codice Civile*, correspondente à do nosso art. 1209º (fiscalização da empreitada).

Em segundo lugar, o afirmar-se que a essência do depósito reside no dever de restituição, implica *aproximar* o dever de guarda do depositário do dever de guarda que existe lateralmente (por ex., a cargo do credor pignoratício) ou a *tiítulo secundário*, em certos contratos típicos (por ex., no comodato¹⁹⁷ ou na locação), ligado como está (*maxime*, nos últimos casos) ao dever de “manter e restituir a coisa” no estado em que foi recebida (cfr. o art. 1043º, 1). Mesmo nestas situações, em que o conteúdo do contrato tem a ver com a *manutenção* do estado físico e económico da coisa, não se pode negar a tutela resolutiva se, *independentemente de um facto danoso*, não tiver sido observada a necessária diligência¹⁹⁸. Aderindo à concepção clássica e tradicional, dir-se-á, então, que a obrigação de guarda do depositário é uma *obrigação autónoma* que *modela* a estrutura do contrato e que determina a sua *função típica* (“*Depositum est quod custodiendum alicui datum est ...*”). Enquanto nos outros casos, igualmente portadores de um dever de restituição, a actividade de guarda é um *efeito reflexo* do contrato ou tem a ver com um *dever lateral* de conservação da coisa, no depósito “não se guarda porque se deverá restituir, mas deverá restituir-se porque se assumiu um dever de guarda”¹⁹⁹. A restituição da coisa é o *fim mediato* do contrato, o efeito dessa “*Leistungshandlung*” que é a *actividade diligente de guarda*. Esta conduta satisfaz necessariamente o *interesse do credor*, pois o seu conteúdo é marcado pela prevenção de factos humanos ou eventos externos lesivos.

Que a conservação e a restituição da coisa depositada não são prestações finais autónomas é demonstrado pela possibilidade de ser celebrado um *depósito a favor de terceiro* e pela circunstância de o próprio regime legal do depósito não conter normas idênticas às dos arts.

¹⁹⁷ Apesar do art. 1135º a) prescrever que o comodatário está obrigado a “guardar e conservar a coisa”, PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, op. cit., II, p. 670, são da opinião de que se não está perante “actos preparatórios da obrigação de restituir”.

¹⁹⁸ Cfr. BENATTI, rev. cit., pp. 1360-1362. Cfr., por ex., os arts. 673º, 674º, 1140º e 1482º, e 64º, 1 b) c) e d) do Decreto-Lei nº 321-B/90, cit., supra, nº. 61. Ver, sobre a alínea b) do nº 1 do art. 1093º (correspondente à actual alínea b) do nº 1 do art. 64º cit.), BAPTISTA MACHADO, *Resolução do contrato de arrendamento comercial* (parecer), separata da C.J. IX, 2, 1984, p. 19. Cfr ainda, supra, nº 2.

¹⁹⁹ A DALMARTELLO-G. PORTALE, E.D. cit. p. 237. Ver, igualmente, M. ALBALADEJO, *Derecho Civil II - Derecho de Obligaciones*, vol. II, 8ª ed., Barcelona, 1989, p. 396.

1136º, 1 e 1149º²⁰⁰, que responsabilizam, em certos termos, o comodatário e o mutuário pela conservação-restituição da coisa ou do seu valor. Desde que o depositário cumpra diligentemente o seu dever de guarda (o que compreende a observância da proibição constante do art. 1189º²⁰¹ e da obrigação referida na alínea b) do art. 1187º), a restituição surge como seu corolário lógico, não sendo obrigado, caso se verifique a hipótese descrita na 1ª parte do art. 1188º, 1, a fazer mais do que aquilo que está consignado no mesmo preceito.

5.1. Será contudo *suficiente*, para a exoneração do depositário, que ele, perante a prova da *ilicitude* do facto, demonstre ter sido diligente no cumprimento do seu dever de guarda?

Já dissemos que a nossa doutrina considera a obrigação essencial do depositário como “obrigação de meios”, não articulando, no entanto, com o efeito natural da guarda, isto é, com a restituição. Estará subjacente ao pensamento dessa doutrina que o dever de restituição é uma “obrigação de resultado”? A resposta não pode deixar de ser negativa pelas razões que passamos a expôr.

A prestação do depositário é indivisível (ele obriga-se a restituir porque assume a guarda) não tendo muito sentido essa dualidade ou essa cisão. O compromisso de exercer a guarda não vincula o devedor a assegurar qualquer “interesse final ou primário” - a integridade da coisa²⁰² - mas apenas a diligenciar para o conseguir. A sua responsabilidade mede-se, obviamente, por essa vinculação, não devendo o depositário ser

²⁰⁰ Pode ainda referiu-se o art. 1044º, na interpretação mais lata a que se aludiu *supra*, nº. 109.

²⁰¹ Cfr., *supra*, nº. 162.

²⁰² ALMEIDA COSTA, op., pp. 733¹-734, considera já como de “resultado” a obrigação do transportador relativamente às mercadorias transportadas, o que parece estar de acordo com a forma como estão redigidos os arts. 382º e 383º do C.Com.. Ver para outros exemplos, quase todos relativos aos casos de responsabilidade *ex recepto*, L. MOSCO, E.D. *cit.* p. 410.

Mas BIONDO BIONDI, *rev. cit.*, p. 292, face ao conjunto de deveres impostos à instituição bancária pelo art. 1839º do *Codice Civile*, nega que esta se *obrigue a garantir a restituição* das coisas, assumindo apenas um *dever de diligência*. G. MOLLE (N.D.I. *cit.*, p. 1159), partindo da existência de uma *obrigação de resultado*, entende, pelo contrário, que a banca deverá fazer a *prova positiva* do evento determinante da impossibilidade, não bastando a demonstração de uma diligência correspondente à actuação de uma instituição bancária “nem demasiado negligente, nem excessivamente zelosa”.

responsabilizado se, *sem culpa*, adoecer gravemente ou a coisa se deteriorar, perder ou for subtraída²⁰³. Pelo contrário, se a guarda é possível, mas o devedor *não cumpre* ou impossibilita culposamente o cumprimento, é certa a sua responsabilidade.

No momento em que a doutrina tradicional afirma a *essencialidade* de dever de guarda do depositário, ela rejeita implicitamente a natureza de "obrigação de resultado" para o dever de restituição. O considerar-se a obrigação de restituição, não como dever distinto ou autonomizado da guarda, mas como seu corolário normal e natural, tem como consequência que à nossa doutrina não se coloquem as angustiosas dúvidas da doutrina e jurisprudência francesas sobre a natureza do que consideram ser duas obrigações diferentes. Na verdade, H. e L. MAZEAUD²⁰⁴ defendem que o devedor da restituição ou da entrega de uma coisa assume a "obrigação de resultado" de, findo o contrato, a entregar e restituir no estado em que se encontra e vincula-se, *também*, à "obrigação de meios" de a conservar no estado em que se encontrava no momento da celebração contratual. Neste último caso, e desde que a coisa perecesse ou se deteriorasse, caberia ao credor provar a falta de diligência do devedor.

Já G. VINEY²⁰⁵ coloca a questão em termos juridicamente mais adequados, ao aperceber-se que, em certos contratos (depósito, comodato, transporte, reparação), o de ver de restituição não pode ser pura e

²⁰³ A diligência requerida ao depositário não se determina necessariamente só em função da possibilidade material da guarda, como aliás se depreende da leitura do art. 1188º.

²⁰⁴ *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, 6ª ed., Paris, 1965, n.º 706.

LETOURNEAU, *op. cit.* pp. 574 e 576-578, distingue igualmente entre a "obrigação de meios" de conservar a coisa (o depositante terá que provar a culpa do depositário relativamente às deteriorações referidas no art. 1933º) e a "obrigação de resultado" de a restituir em bom estado (o depositário, para não responder pelo atraso ou pela perda total, terá que provar um evento de força maior). Para a ambiguidade doutrinária e jurisprudencial, no tocante aos contratos integrados pela "dupla" obrigação de conservação e de restituição, ver A. WEILL-F. TERRÉ, *op. cit.* pp. 454-456 e, para a amostragem jurisprudencial dessas dificuldades teóricas, cfr. a R.T.D.C. 1955, pp. 307-308, 1956, p. 721 e 1982, n.º 2, pp. 430-434. Na hipótese sobre que incidiu a decisão de 1955, e na qual esteve envolvida uma tinturaria, perguntou-se se, ocorrendo um furto, havia violação do dever de guarda ou de restituição e se a falta de seguro permitiria censurar o devedor.

²⁰⁵ *Traité de Droit Civil* (sob a direcção de J. GHESTIN) - *Les obligations, la responsabilité: conditions*, Paris, 1982, pp. 648-649.

simplesmente considerado como “obrigação de resultado”, porque está ligado à conservação da coisa. E daí a sua interrogação: se a coisa se perder ou se deteriorar, o devedor prova a “*cause étrangère*” ou é o credor que terá que provar a falta de diligência do “*conservateur*”? A resposta dada ao quesito não se distancia, contudo, das coordenadas em que se coloca o problema no direito francês. Para VINEY, se a coisa não é restituída na data apazada ou o é deteriorada, o devedor é responsável de “*plein droit*”, a não ser que prove que a perda total ou parcial se ficou a dever a uma “*cause étrangère*”. Se ela for restituída num estado pouco satisfatório, o credor deve provar que houve culpa do devedor na “conservação” da coisa²⁰⁶.

Quanto a nós, a relação entre as obrigações de guardar e de restituir a coisa depositada deve ver-se à margem da distinção entre as obrigações de “meios” e de “resultado”, tanto mais que se trata de uma divisão há muito criticada²⁰⁷ e sem grande recepção entre nós. Já vimos - e bastaria ler os arts. 1185º e 1187º - que o dever de guarda constitui o escopo essencial do depósito, estando a restituição dependente da conduta diligente do depositário. O sabermos qual o *conteúdo dessa diligência* tem a ver com os critérios estabelecidos na lei para a actuação do devedor em geral ou do depositário-guardador em especial²⁰⁸. De uma forma sintética, pode dizer-se, seguindo a divisão de MOSCO²⁰⁹, que a diligência normal é uma “diligência executiva, preventiva (dos eventos que impossibilitem o cumprimento)²¹⁰ e *sucessiva*” (atenuadora dos efeitos que os eventos fortuitos já provocaram).

²⁰⁶ A doutrina exposta é aplicada por VINEY ao depósito, ao comodato e à empreitada de serviços, mas já não ao transporte (o art. 1784º faz recair sobre o transportador uma “obrigação de resultado agravada”) e, até certo ponto, à locação (de acordo com o teor do art. 1732º o locatário pode exonerar-se provando a sua falta de culpa, o que equivale à existência de uma “obrigação de resultado atenuada”).

²⁰⁷ Ver, por todos, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, 1987, pp. 78^{1st}-81 e L. MOSCO, E.D. *cit.*, pp. 410-412.

ANTUNES VARELA, *op. cit.* II, p. 97, não deixa, contudo, de salientar que “nas obrigações chamadas de meios” a prova do incumprimento reside na demonstração (pelo credor) da desconformidade entre a prestação e a conduta que seria devida. Esta asserção não implica, no entanto, qualquer alteração à regra do ónus da prova da culpa.

²⁰⁸ Ver *supra*, nº 4.

²⁰⁹ E.D. *cit.*, pp. 421 e ss..

²¹⁰ Este aspecto é particularmente importante - MOSCO não deixa de o referir para a actuação do depositário e do transportador em períodos de conturbação social - e tem a ver, genericamente, com a prevenção de *inundações, incêndios ou furtos*. Mas, por ex.,

Uma dúvida surge, no entanto, *hic et nunc*: qual é, afinal, o limite dessa diligência? Se a saúde do depositário se agravar, se as condições materiais (*maxime*, o local ou os seus acessos) predispostas pelo depositário se alterarem, ou a própria coisa depositada (animal que fica gravemente doente) tornarem *mais oneroso* o cumprimento, permanece o dever e a correlativa responsabilidade, apesar da falta de culpa?

A questão tem a ver com o problema mais geral centrado sobre a doutrina do “limite do sacrifício”, parecendo exacto afirmar-se, com a *ressalva do disposto na primeira parte do nº 1 do art. 1188*²¹¹, que, enquanto não houver verdadeira impossibilidade (objectiva ou subjectiva) ou um agravamento-impossibilidade, o depositário continua responsável^{212 213}. Ou, por outras palavras, enquanto se mantiver a possibilidade material ou jurídica de a coisa ser guardada e restituída, não cessa a obrigação do “guardador”, até porque, se estiverem em causa razões de saúde, poderá recorrer, em princípio, a auxiliares. A utilidade que, para o credor, resulta dessa prestação, só cessa a partir do momento em que se *impossibilita* a conduta ou aquele requeira a restituição. Há que concluir, assim,

quanto a este último evento, há que saber ainda, perante a *particularidade do caso*, se essa prevenção se cumpriu, alegando o “guardador” que fechara as portas e as janelas do seu prédio ou se teria sido necessário colocar um alarme electrónico ou(e) uma fechadura de alta segurança. Cfr., aliás, o exemplo de PESSOA JORGE, *op. cit.*, pp. 86-87, e que é revelador da obrigação que recai sobre o devedor (depositário ou não) de “evitar as lesões prováveis”. ANDRÉÉ JACK, *Les obligations et la responsabilité du garagiste*, R.T.D.C., 1932, pp. 687-688, enumerando as precauções que devem ser tomadas pelo dono de uma garagem em ordem a prevenir o *incêndio* ou o *roubo* dos veículos, entende que aquele deve isolar o depósito de gasolina, desligar o contador eléctrico, colocar bocas de incêndio, exercer vigilância diurna e nocturna, decretar proibição de fumar, pedir a identificação a terceiros e encerrar os locais durante a noite.

²¹¹ Como veremos (*infra*, nº 5.3.), a privação da detenção da coisa não origina uma impossibilidade definitiva.

²¹² Sobre a conjugação dos meios (pessoais e económicos) integrantes da diligência (preventiva ou não), ver L. MOSCO, *E.D. cit.*, p. 424. Segundo este jurista, os exemplos que apresenta (responsabilidade da banca, que, após o bombardeamento de um imóvel, deixou entre as ruínas um cofre com valores, alegando o seu *peso excessivo* e responsabilidade de uma outra instituição bancária pelo furto de valores depositados num cofre e tornado possível por uma vigilância insuficiente e pela inidoneidade do local), são reflexo de uma jurisprudência pacífica que não se cinge apenas aos casos de responsabilidade *ex recepto*, mas abrange qualquer devedor de um dever de guarda (cfr., *supra*, nº. 176).

²¹³ Cfr. o exemplo apresentado por PESSOA JORGE, *op. cit.*, p. 114, do depositário que deixa cair uma jóia “num pequeno tanque de jardim ou em zona profunda do oceano”. Cfr. ainda, MANUEL ANDRADE, *op. cit.*, pp. 405 e 408.

que não é exacto afirmar-se que o depositário só está obrigado a desenvolver “um *certo* esforço ou conduta”, com limites no plano económico. O depositário *vinculou-se, pura e simplesmente, a guardar* e, por isso, o eventual maior custo dessa prestação não o liberta do seu dever, a não ser que, perante essa excessividade, o credor abuse do seu direito ao cumprimento²¹⁴. E nem se diga que esse “risco de prestação”²¹⁵ constitui, em definitivo, um peso injusto para o depositário (*maxime*, quando o agravamento é material), dada a possibilidade de recurso ao reembolso (previsto no art. 1199º b)) das despesas «indispensáveis».

Estas conclusões só parecem ser válidas para o *depósito oneroso* na medida em que não podemos esquecer que o art. 1201º., o § 696 do B.G.B. (e o art. 1776º do C.C. espanhol) admitem que o depositário possa restituir a coisa antes do termo do prazo, invocando “justa causa”. Esta espécie de “resolução” do contrato, por parte do depositário, pode precisamente ter por fundamento o referido agravamento (*maxime*, respeitante a eventos relativos à “esfera de risco” da pessoa do devedor)²¹⁶, parecendo-nos que essa “resolução” terá o seu campo primordial de aplicação no *depósito gratuito*. Mesmo no *depósito oneroso* poderá constituir exemplo de “justa causa” um *agravamento intolerável* da saúde do depositário, desde que esteja excluída a possibilidade do recurso a auxiliares.

²¹⁴ É a construção a que ANTUNES VARELA recorre na última edição do vol. II do seu *Das Obrigações em geral*, p. 69 e que parece abranger as chamadas *impossibilidade económica e impossibilidade moral*. Relativamente às hipóteses que integram esta última categoria (L. MOSCO E.D. *cit.*, p. 430, dá-nos como exemplo o do depositário que, por ocasião de um bombardeamento aéreo e da chegada de forças militares, negligenciou a guarda para *salvar a vida ou preservar a sua liberdade*), é diverso o seu enquadramento, divergindo os autores entre a “inexigibilidade da prestação”, o “exercício ilegítimo de um direito” (cfr. RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.* II, p. 352) e a “desculpabilidade” ou a “justificação do ilícito” (cfr. PESSOA JORGE, *op. cit.* pp. 349-350 e M. BIANCA, *op. cit.* pp. 124-127). PESSOA JORGE funda precisamente na “desculpabilidade” a inaplicabilidade, ao *depósito gratuito*, da solução prescrita no art. 1136º, 1.

²¹⁵ Segundo BAPTISTA MACHADO, R.L.J., ano 116º *cit.*, p. 195, esse *risco* compreende igualmente o da *perda da contraprestação* e dos *dispêndios feitos*, em caso de impossibilidade. Quanto à perda da contraprestação ela é, em princípio, *parcial*, dada a redacção do art. 1200º, 2.

²¹⁶ Cfr. com os exemplos de PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *op. cit.*, II, p. 778 e de CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, pp. 39-40. Se o agravamento for simplesmente *material*, o depositário sem remuneração poderá optar pela *restituição da coisa* ou pelo *reembolso* previsto no art. 1199º b).

O corolário mais evidente destas considerações leva-nos, afinal, a ter que conjugar a *ausência de culpa* com a impossibilidade da guarda e da restituição, não sendo suficiente a mera “prova directa da ausência da culpa”²¹⁷. A obrigação do depositário só se extingue, em regra, com a impossibilidade da prestação (por razões subjectivas ou objectivas), estando a exoneração desse devedor dependente da existência de uma “causa não imputável” (cfr. os arts. 790º, 1, 791º e 1188º, 1.)²¹⁸. Mais do que provar *genericamente* a falta de culpa, há que demonstrar se *aquele* evento danoso poderia ter sido evitado por um “depositário normal”. O que a lei não exige é a *prova específica e autónoma* da causa, isto é, não se exige a demonstração de que o evento *A, B* ou *C* integra o conceito de “caso fortuito” ou de “força maior”, só se requerendo a prova da não imputabilidade *daquele* evento. De facto, e contrariamente ao que se entendia no domínio do C.C. de Seabra²¹⁹, em que se afirmava, perante a redacção do art. 705º, não ser bastante a prova da falta de culpa, exigindo-se a prova positiva do “impedimento por facto do outro contraente, caso de força maior ou caso fortuito, para o qual de nenhum modo haja contribuído”²²⁰, o legislador do C.C. de 1966 contenta-se com a *prova da ausência de culpa na causa definitivamente impossibilitante*. A identificação desta causa, ou de alguma delas, não tendo os efeitos que a doutrina ligava à interpretação do velho art. 705º, tem interesse se

²¹⁷ Para a menor onerosidade probatória, ver PESSOA JORGE, *Lições de Direito das Obrigações*, 1975-76, pp. 578-579 e *Ensaio cit.*, pp. 133-134. A nossa reserva não é feita à amplitude de meios de ilisão da presunção de culpa, mas à desnecessidade de se articular a culpa com a causa impossibilitante. Esta reserva parece-nos igualmente extensível aos casos em que a coisa é restituída, embora deteriorada.

²¹⁸ Ver a importante nota de ANTUNES VARELA, *op. cit.*, II, p. 69 e a referência que faz no R.L.J., ano 119º, pp. 272¹-273 (anot. ao ac. do S.T.J. de 6-1-83), aos casos em que a obrigação do devedor não se extingue, mas também não implica responsabilidade.

Ver também, para a colocação exacta de um dos problemas atinentes à complexa questão da relação culpa-impossibilidade, PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 239³⁴⁵-240.

²¹⁹ Cfr. PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *Noções cit.*, pp. 338¹-339 e a crítica de PESSOA JORGE, *Ensaio cit.*, pp. 131-132, a um entendimento que levava à responsabilidade do devedor “mesmo que provasse a ausência de culpa, se não demonstrasse a inexistência de causa estranha impeditiva”. Tratava-se, no fundo, e quanto a nós, de uma *presunção de responsabilidade* mais do que de uma *presunção de culpa*.

²²⁰ Cfr. igualmente a redacção dada aos arts. 1422º (responsabilidade do albergueiro) e 1436º (responsabilidade do depositário) do Código de Seabra e 383º do C. Com..

pensarmos no *regime especial* previsto, por ex., no art. 795º e, quanto ao depósito, pode igualmente relevar se for defensável que o art. 1188º, 1, tem um espaço circunscrito de aplicação.

Dada a amplitude do texto do art. 790º, 1, o depositário ou o “guardador” podem invocar e provar a *culpa do lesado-credor*²²¹, um *factum principis*, a ocorrência de um evento com as características da *força maior* ou *do caso fortuito*, um *acto de terceiro*, um *acto próprio*, *cometido sem imputabilidade* ou *justificável a outro título*²²².

²²¹ Cfr. o ac. da R.L., de 11-7-80, *cit.* (*supra*, nº. 78), respeitante ao furto de objectos que o depositante deixou *negligentemente* no veículo guardado em garagem.

Não estando afastada a hipótese de ter havido uma impossibilidade *imputável aos dois contraentes*, a doutrina italiana entende que se a perda ou a deterioração das coisas (introduzidas no albergue ou entregues para guarda ao albergueiro) for devida a conduta negligente do cliente e do albergueiro é aplicável o art. 1785º *bis*. em conjugação com o disposto no art. 1227º Cfr., no mesmo sentido, o art. 5º, 2 do articulado VAZSERRA sobre a responsabilidade do albergueiro, B.M.J. *cit.*, pp. 167 e 182.

LARENZ, *op. cit.*, II - 1, p. 455, refere decisões do *Bundesgerichtshof* que consideraram aplicável o § 254 do B.G.B. (concurso de culpa do lesado) pelo facto de os alunos levarem para a escola objectos demasiado valiosos. O mesmo tribunal, em decisão de 5-10-89 (in VersR 1990, pp. 207 e ss.), defendeu a possibilidade de ser considerado «culpado» o dono de uma valiosa miniatura de marfim, desaparecida, após ter sido deixada por esquecimento no veículo (numa bolsa de documentos), aquando do aparcamento do mesmo no parque municipal de uma auto-estrada.

²²² Pensamos na venda que o depositário faça de *coisas perecíveis* ou que estejam em *risco eminente de perda*, desde que o acto seja coberto pela aplicação analógica do art. 1162º ou possa ser justificado pela *boa fé* ou por uma interpretação mais lata do art. 1190º. O que não se afasta é a possibilidade de o depositário actuar como *mero gestor de negócios*, nem (sendo possível) o *dever de avisar* o depositante do “perigo eminente”.

Cfr., ainda, para essa venda, mas com sujeição a outros pressupostos e ditada por razões não coincidentes, os arts 674º, 22º, do Decreto-Lei nº 352/86, de 21 de Outubro, 16º, 3 do Decreto-Lei nº 46.235, de 18-3-65 e 88º, 2 da Convenção (não ratificada) de Viena de 1980 (*contrato de compra e venda internacional*). Para a integração, na *gestão de negócios*, do *dever* imposto no art. 88º, 2, cfr. M. ÂNGELA COELHO-R. MOURA RAMOS, *Do contrato de compra e venda internacional*, Lisboa, 1981, pp. 273-274, e, sobre a *faculdade* prevista no nº 1 do art. 674º, ver ALMEIDA COSTA, *Penhor (Ilicitude na guarda da coisa empenhada - venda antecipada)* parecer, C.J. X, 2, pp. 21 e ss., *maxime*, pp. 25-27. Num caso em que o credor pignoratício detinha bens perecíveis (conservas alimentares) do devedor, o ilustre jurista pronuncia-se sobre a existência ou não de ilicitude e de culpa na actuação (referida ao disposto no art. 671º a)) da credora - uma instituição bancária - não deixando, ainda, de relacionar a aplicação da solução contida no art. 570º com a *faculdade* (de venda antecipada) prevista no art. 674º, 1.

No direito italiano, para o problema da aplicação, ao depositário, da *faculdade* prevista no art. 1800º, 2 para o *depósito de coisa controvertida*, ver A. DALMARTELLO-G. PORTALE, E.D. *cit.*, p. 261, e para a recusa da venda dos bens depositados, assumindo

A impossibilidade de guardar e restituir a coisa por *facto de terceiro* (estamos a pensar mais no *furto* e no *roubo* da coisa do que em qualquer acto sobre a *pessoa* do depositário ou sobre o *local* do depósito) é particularmente relevante, não só devido à sua frequência, mas também aos problemas que se relacionam com a articulação das normas²²³.

Sabe-se que os eventos de *força maior* ou os *casos fortuitos* só relevam inteiramente se não houver “interferências” por parte do devedor²²⁴, comportando-se este como “um impotente e minúsculo espectador”. É assim necessário que se confronte o circunstancialismo factual anómalo (o incêndio, a inundação, o tremor de terra, a guerra, a tempestade, etc.) com a sua *previsibilidade* e o *conjunto de medidas concretas que o devedor possa ter adoptado*, e que aqui variam, desde logo, com o facto de esse devedor ser ou não um *profissional*.

Semelhantemente, o *facto de um terceiro-estranho* (para quem não o considere como caso de *força maior*)²²⁵ deve revestir as mesmas características de *plena imprevisibilidade* e *inevitabilidade*²²⁶, como será o caso do furto cometido com violência (o “roubo à americana”, segundo a curiosa expressão de CUNHA GONÇALVES) ou com o recurso a *meios que tornam inútil qualquer defesa prévia*²²⁷. Já o furto, “facilitado”

o depositário a veste de gestor, ver o F.I., 1953 I, c. 33-35 (na anotação a sentença da *Corte di Cassazione*, de 29-5-52, diz-se expressamente que o dever contratual de restituição obsta à interposição gestória, não podendo o depositário justificar o seu incumprimento com “o receio de perder a detenção da coisa por acção de outrém”). PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *op. cit.*, II, p. 78), ao interpretarem a norma do art. 1204º, rejeitam conferir ao depositário (de coisa controvertida) a faculdade de alienação, mas admitem a sua actuação como gestor de negócios (cfr., no mesmo sentido, RODRIGUES BASTOS, *Dos contratos em especial*, III, Lisboa, 1974, p. 91).

²²³ Ver, *infra*, nº 5.3..

²²⁴ Ver CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 27 (a propósito do art. 1436º do C. de Seabra) e LARENZ, *op. cit.* II - 1, p. 464, para a delimitação da “*höhere Gewalt*” como causa de exclusão da responsabilidade prevista no § 701, 3 do B.G.B..

²²⁵ Cfr. para essa integração, ALMEIDA COSTA, *op. cit.* p. 753.

²²⁶ Para o furto de um veículo, que, após a reparação, foi estacionado na via pública, ver o ac. da R.P., de 24-3-81, C.J. VI, 2, p. 91 e para a subtracção (por assalto) de valores guardados em estações dos correios, o parecer da Procuradoria-Geral da República, nº 95/85, de 22 de Maio de 1986, public. no B.M.J. nº 361, pp. 121 e ss., *maxime*, p. 139.

A jurisprudência italiana é igualmente muito exigente quanto à eficácia exoneratória do furto, mesmo nas *obrigações acessórias de guarda* (cfr. VISINTINI, *op. cit.*, pp. 210 e ss. e 248 e ss., e V. DE LORENZI, R.D.C. II, 1982, cit., pp. 93-94).

²²⁷ Cfr. o art. 1954º do *Code Civil*. Não é naturalmente exigível ao gerente de um hotel, depositário de objectos valiosos, que tenha no local homens armados, nem ao dono

por uma fechadura frágil, por uma porta não fechada ou uma demora no transporte^{228 229}, ou atinente à falta de vigilância de certos locais (por ex., o banco não controlou devidamente o acesso de estranhos aos cofres “alugados”) ou ao “risco de exploração” de certa actividade, como sucede com a actividade de “hotelaria”, de “transporte” de mercadorias^{230 231} ou de «prestamista»²³², não constituirá, em regra, um evento impossibilitante com causa inimputável²³².

de uma garagem de recolha que evite o roubo de um veículo por uma quadrilha armada (cfr. o ac. da R.L., de 11-7-80, *cit.*, *supra*, nº. 78). Ver, no entanto, para a incidência, no albergueiro, do facto de terceiro (furto) que seja imprevisível ou inevitável, M. FRAGALI, E.D. *cit.*, p. 985.

²²⁸ Sempre que o acto negligente (positivo ou omissivo) do devedor-depositário *provoque* ou *facilite* o evento fortuito (natural ou pessoal) a responsabilidade do depositário deverá ser *total*, já que a impossibilidade não se pode dizer provocada por uma causa não imputável (cfr., aliás, o princípio geral “extraído” da solução prevista no art. 807º, I do C.C. e que corresponde à regra clássica “*culpa seu dolo determinatus*”)

Já não parece que assim deva ser quando o efeito danoso do “caso fortuito” ou da “força maior” não é causado pelo acto culposo do devedor. A este concurso (o anterior e apenas *aparente*) parece aliás referir-se PESSOA JORGE (*op. cit.*, p. 360), ao defender a *diminuição* da responsabilidade do devedor, buscando paralelo com as soluções legais atinentes a *conculpabilidade do lesado* e ao risco da *impossibilidade da prestação*.

²²⁹ No caso sobre que versou o ac da R.L., de 16-1-86, e relativo ao furto do veículo depositado em garagem (*cit.*, *supra*, nº. 78), deu-se como provado que “o local da recolha é bastante mal iluminado” e que “a ré, como medida de segurança, só utilizava uma simples corrente com cadeado, na porta da garagem”.

²³⁰ No ac. do S.T.J., de 17-5-84, (*cit.*, *supra*, nº. 185), entendeu-se não existir qualquer “caso fortuito”, numa hipótese em que as mercadorias roubadas foram deixadas, de noite, num veículo estacionado na via pública.

Num outro caso, relativo a furto de mercadorias depositadas num armazém, a Relação do Porto (ac. de 8-4-86, C.J. XI, 2, p. 194), entendeu que a ré tinha sido diligente ao fazer vigiar os seus armazéns pela Guarda Fiscal, concluindo pela imprevisibilidade do furto como *caso fortuito exoneratório*, *ex vi* art. 383º do C.Com. A Relação de Lisboa (ac. de 3-11-87, C.J. XII, 5, p. 91), num caso parecido com o anterior e em que as mercadorias a expedir foram roubadas, de noite, dos armazéns da transportadora, entendeu ter havido “caso fortuito”, face à prova de que as instalações estavam “devidamente fechadas e protegidas”.

Cfr. ainda, *supra*, nº. 176, para a orientação dominante da *Corte di Cassazione*, relativamente aos furtos ocorridos no âmbito do transporte terrestre.

²³¹ Já vimos que o *transportador aéreo* responde *objectivamente* pela “avaria, perda, destruição ou deterioração de bagagens e carga” (art. 3º b) do Decreto-Lei nº 321/89, *cit.*), não se excluindo no art. 19º b) “os danos dolosamente provocados ou ... resultantes de *furto* ou *roubo* de aeronaves”.

²³² Por isso, o art. 13º, 2, do Decreto nº 17.766, de 17-12-29 (alterado pelos Decretos nº 225/80, de 12 de Julho e 341/85, de 22 de Agosto), não considera como casos de força

5.2. Verificado o evento impossibilitante (por ex., um incêndio ou um furto), há que perguntar, no entanto, se o depositante não terá direito a fazer seu o *valor do seguro contra danos* feito pelo depositário ou a receber directamente do terceiro o valor da coisa destruída²³³. Será essa pretensão admissível, apesar de o nosso legislador não o ter afirmado expressamente no contrato de depósito²³⁴, ao contrário do que sucedeu com o legislador francês (cfr. os arts. 1934° e 1935°) espanhol (cfr. os arts. 1777° e 1778°) e italiano (cfr. o art. 1780°, 2)?

Já CUNHA GONÇALVES²³⁵, no domínio do C.C. anterior, se pronunciava pela afirmativa, justificando a sua posição com a *injustiça que resultaria da solução do locupletamento* do depositário e com a invocação do regime do art. 1433°, 2, de obrigar o depositário-incapaz a entregar ao depositante o *enriquecimento* derivado da alienação da coisa. Só que, ao mesmo tempo, o ilustre comentarista, questionando-se sobre a responsabilidade do depositário, que não celebrara um contrato de seguro contra incêndios, concluía pela negativa, desde que o depósito fosse *gratuito*, só admitindo essa responsabilidade no caso de haver “instruções ou mandato do depositante, que assumira o encargo do respectivo prémio, mandato que se deve presumir quando, sendo retribuído o depósito, nesta retribuição figura como parcela o prémio de seguro”^{236 237}.

Para lá dos casos em que é a própria lei a impôr a contratação de um seguro contra danos ao “prestamista”, ao “transportador aéreo” e ao “locatário”, num contrato de locação financeira (cfr., respectivamente, o art. 13°, 3 do Decreto nº 17.766, os arts. 17° e 19° do Decreto-Lei nº 321/89 e o art. 24° e) do Decreto-Lei nº 171/79, de 6 de Junho^{238 238a 238b}) ou

maior o furto, o roubo e o incêndio. Quanto ao furto de objectos colocados em cofres bancários, ver G. MOLLE, N.D.I., *cit.*, p. 1159.

²³³ Cfr., as observações feitas por ANTUNES VARELA (*op. cit.* II, p. 79), quanto à não aplicação do art. 794°, tratando-se de coisas *pertencentes ao credor*.

²³⁴ No art. 5°, § 2 do Anteprojecto GALVÃO TELLES, é que se previa, por directa inspiração do nº 2 do art. 1780° do *Codice Civile*, que “o depositante tem direito a receber aquilo que em consequência do mesmo facto o depositário haja obtido, e sucede nos direitos a este pertencentes” (B.M.J. nº 83, p. 271).

²³⁵ *Op. cit.*, pp. 33-34.

²³⁶ *Op. cit.*, p. 28.

²³⁷ Segundo nos parece, a posição de CUNHA GONÇALVES pressupunha o *prévio* pagamento da remuneração acordada.

²³⁸ Essa obrigatoriedade (quanto ao evento-incêndio) existe igualmente no regulamento disciplinador da actividade dos “armazéns gerais” (cfr. G. VISINTINI, *op.*

faculta-o ao dono da casa que ofereça o serviço de “turismo de habitação”²³⁹, tem sido defendido tradicionalmente que, na ausência de instruções por parte do depositante, o depositário não é obrigado a fazer qualquer seguro contra roubo ou incêndio, mesmo que o depósito seja oneroso²⁴⁰.

Quanto a nós, a questão (da efectivação do seguro) prende-se praticamente com os danos que possam ser causados à coisa por um incêndio, já que na hipótese de furto ou roubo poderá, eventualmente, identificar-se o seu autor. Não se negando, contudo, o seu interesse também nesta última hipótese, a celebração do contrato ou a sua actualização serão, em regra, da iniciativa do dono das coisas, poderão corresponder, no *depósito oneroso*, ao cumprimento de um mero *dever lateral* de cuidado ou segurança²⁴¹ e serão *aconselháveis* (para os dois contraentes) sempre que estejam em causa *objectos de valor* (por ex., no caso de um ourives encarregado de “afinar” ouro em barra). Não se desconhecendo o papel e a divulgação hodiernas da prática do seguro, as características do contrato de depósito não conduzem a *exigir* do depositário a sua celebração, sob pena de se onerar em demasia o –

cit., p. 215¹⁵) Cfr., também, os arts. 408º, 4 e 419º do C. Com., 23º do Decreto nº 206, de 7-11-1913 (*armazéns gerais agrícolas*) e 21º do Decreto nº 783, de 21-8-1914 (*armazéns gerais industriais*).

^{238a} O artigo 50º, 2 b) do diploma que estabelece normas sobre a actividade das *agências de viagens e turismo* (Decreto-Lei nº 198/93, de 27 de Maio), permite que se exclua do seguro obrigatório (previsto no seu art. 49º) “as perdas, deteriorações, furtos ou roubos de bagagens ou valores entregues pelo cliente à *guarda* da agência”. Pode suceder, contudo, que, nas condições do contrato, figure o dever de o aderente efectuar seguro contra todos ou certos riscos (cfr., para uma das condições do regulamento de uma feira internacional, DALMARTELLO, N.D.I. VI, *cit.*, p. 876²)

^{238b} O artigo 158º do *Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Anexos* (Lei nº 63/85, de 14 de Março, na redacção que lhe foi dada pelas Leis nºs 45/85, de 17 de Setembro e nº 114/91, de 3 de Setembro), impõe a obrigatoriedade do seguro (contra incêndio, transporte, roubo e quaisquer outros riscos de destruição ou deterioração) à entidade promotora de exposição de obras de arte ...».

²³⁹ No art. 18º, 1 do Decreto-Lei nº 256/86, de 27 de Agosto, considera-se o dono da casa responsável pelos *objectos de valor* que lhe sejam entregues para depósito, mas faculta-se a transferência dessa responsabilidade (presumida) para uma seguradora.

²⁴⁰ Ver, por ex., a decisão da *Corte di Cassazione* de Torino, de 23-3-23, comentada criticamente por B. BRUGI na R.D.C.D.O., 1923, II, pp. 553 e ss. (*Se il depositario debba assicurare la merce contro l'incendio*). Cfr., também, LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 577 e a R.T.D.C. 1955, pp. 307-308.

²⁴¹ Cfr. MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 342²-344.

Ver, para o interesse “comercial” ligado à realização, por um transportador, de um seguro contra danos, ver o ac. da R.L., de 3-11-87, C.J. XII, 5, p. 91. Cfr., ainda, M. ÂNGELA COELHO-R. MOURA RAMOS, *op. cit.*, p. 141.

depositário sem remuneração e nem é certo que ele pudesse recorrer ao disposto na alínea b) do art. 1199º – ou de converter a prestação típica do depositário (remunerado ou não) em prestação de resultado (a restituição do valor).

No tocante à aplicação, a um contrato com as características do depósito, do princípio consignado no art. 794º, há que reconhecer que não há, efectivamente, espaço para ele, a não ser num ou noutro caso, como na venda com reserva de domínio e em que se convencione o depósito da coisa vendida. E excepcionando o disposto no art. 1780º, 2 do *Codice Civile*, que contém uma solução directamente inspirada na norma sobre o *commodum* de representação (art. 1259º)²⁴², as normas que citámos, quer do Código francês, quer do espanhol²⁴³, inspirando-se genericamente no princípio subjacente ao *commodum*, são preceitos *específicos* “justificados” pela situação jurídica do depositário. De facto, extinguindo-se o dever de guarda em consequência da perda fortuita da coisa, naturalmente fica impossibilitada a restituição da *res deposita*. Não podendo o depositário devolver a coisa depositada, deverá entregar *um valor* que não resulta propriamente do fenómeno da subrogação real directa²⁴⁴.

5.3. A impossibilidade de restituição do bem depositado ou guardado a outro título (e com intensidade desigual) deriva, com frequência da acção ilícita de terceiros, quer esta actuação implique a *destruição* da coisa, quer se traduza na sua *subtracção*. Para esta última hipótese, o art. 1188º, 1 diz expressamente que “se o depositário for *privado da detenção da coisa* por causa que lhe não seja imputável, fica *exonerado* das obrigações de guarda e restituição, mas deve dar *conhecimento imediato* da privação ao depositante”.

Esta norma, que teve por fonte a primeira parte do art. 1780º do *Codice Civile*²⁴⁵, tem uma redacção algo diferente do preceito

²⁴² Nesse sentido, ver, L. MOSCO, E.D. *cit.*, p. 435.

²⁴³ Os arts. 1777º e 1778º do Código espanhol e 1934º e 1935º do *Code Civil* obrigam o depositário e o herdeiro do depositário, respectivamente, a *entregar* ao depositante a *quantia* recebida em substituição da coisa que se perdeu ou lhe foi retirada por motivos de força maior e o *preço* resultante da alienação da coisa feita de boa fé. Nesta última hipótese, prevê-se ainda que o herdeiro ceda ao depositante a acção contra o terceiro que não tenha saldado o seu débito (cfr. também para esta situação, o art. 1776º do *Codice Civile*.)

²⁴⁴ Ver, como nítidas aplicações desse fenómeno, os arts 1480º e 1481º.

²⁴⁵ Cfr. PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *op. cit.* II, p. 761.

correspondente do C.C. de Seabra (art. 1451º), na medida em que este último obrigava o depositário a intentar, em certos casos, por acções conservatórias e possessórias, prescrevendo uma responsabilidade por “perdas e danos” caso aquele não defendesse os direitos do depositante ou não o avisasse “sem detenção” da perturbação ou esbulho da coisa móvel depositada²⁴⁶. O legislador do art. 1188º, se por um lado tornou *facultativa* essa defesa (cfr. o seu n.º 2)²⁴⁷, e manteve, com alcance mais restrito, o dever de o depositário avisar *sem demora* o depositante, silenciou, por outro, qualquer referência à responsabilidade derivada dessa omissão e ligou o efeito exoneratório à privação (não imputável) da detenção da coisa.

A redacção dada ao preceito suscita, contudo, algumas questões interpretativas, a começar, desde logo, pelos *requisitos de aplicação* da norma, tendo em conta a expressão “... for privado da detenção da coisa...”.

PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA²⁴⁸, ancorados na epígrafe do artigo e no sentido natural da formula legal, consideram que essa “disposição especial” só é aplicável à hipótese de *subtração* por terceiro ou *esbulho violento*²⁴⁹ da posse do depositário, mas já não ao caso de *mera perda fortuita* da mesma coisa. Este pensamento, que corresponde de certo modo à posição de CUNHA GONÇALVES, ao englobar, na esfera de aplicação do preceito do art. 1451º, o esbulho civil e o criminal, tem como principal corolário a aplicação (às hipóteses não abrangidas na letra do art. 1188º, 1) das *normas gerais* relativas à impossibilidade de cumprimento. Segundo os mesmos ilustres juristas, o depositário teria, nesses casos, “de provar a sua falta de culpa e, se porventura estiver em mora, que a coisa teria perecido igualmente, ainda que tivesse sido restituída em tempo”²⁵⁰.

²⁴⁶ Cfr., para a interpretação desse normativo, CUNHA GONÇALVES. *op. cit.*, pp. 40-42 e DIAS FERREIRA, *Código Civil Português (anotado)*, 2ª ed., III. Coimbra, 1898, pp. 79-80.

²⁴⁷ Tendo presente os exemplos referidos por PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA. *op. cit.*, II, p. 763, não sabemos até que ponto essa faculdade não se transformará nesses casos num dever lateral “imposto” pela boa fé.

²⁴⁸ *Ibidem* p. 761.

²⁴⁹ Para a caracterização da *vis expulsiva*, ver PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA *C.C. anot.* III. Coimbra, 1972, p. 43 e M. HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, Coimbra, 1967, p. 126.

²⁵⁰ *Op. cit.*, II, p. 761.

Também não temos dúvidas em aderir ao alcance da fórmula “privação da detenção”, tal como é considerado por PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, tanto mais que a redacção do nosso preceito é nesse ponto clara, não deixando espaço para a diversidade de opiniões resultante da formulação menos feliz do art. 1780º do *Codice Civile*, cuja epígrafe se refere à “*perdita non imputabile della detenzione della cosa*”. Efectivamente, se há autores, como FIORENTINO²⁵¹ e TABET²⁵², que restringem o âmbito de aplicação da norma à mera hipótese da *subtracção*, outros juristas italianos²⁵³, mais desprendidos da letra do artigo, fazem coincidir essa perda com a verificação de eventos naturais impossibilitantes.

É, assim, possível formularmos uma *primeira* conclusão: o nº 1 do art. 1188º não se aplica à *perda da coisa (por perecimento, deterioração relevante ou destruição por terceiro)*, mas abrange apenas a privação da sua detenção²⁵⁴. É precisamente esta “contenção interpretativa” que permite explicar e dar sentido útil à consequente *exoneração* das obrigações de guarda e restituição a cargo do depositário, tornando a norma “especial”. De facto, a norma não é, nessa parte, redundante, nem constitui qualquer duplicação inútil do preceituado nas disposições gerais sobre a impossibilidade de cumprimento, precisamente porque, perante a natureza do facto relevante - a privação da detenção - poderia pensar-se estarmos na presença de uma mera *impossibilidade temporária*, com os efeitos previstos no art. 792º. Só que o legislador, para afastar a interpretação tendente a defender uma mera suspensão ou exoneração temporária dos deveres do depositário, “ficcionalizou” uma impossibilidade definitiva (que não da coisa, mas da sua restituição) e considerou exonerado o depositário²⁵⁵.

²⁵¹ *Apud* CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.* p. 745.

²⁵² *Sulla distinzione fra “aestimatio rei” e risarcimento del danno nei riguardi della responsabilità del depositario*, F.I., 1949 I, c. 368 (“... il concetto della perdita della detenzione non si identifica affatto con quello di perdita della cosa, che è solo l’*interitus rei* ...”).

²⁵³ Ver, DE MARTINI, N.D.I. *cit.*, p. 517, A. MARTINI, *Omessa o ritardata dinunzia della perdita della cosa depositata e responsabilità del depositario*, R.D.C.D.O., 9-10, 1978, p. 294 e L. MENGONI, *rev. cit.*, p. 392.

²⁵⁴ Talvez possamos dar um sentido *lato* à expressão, de maneira a incluirmos a privação resultante de um *factum principis* (por ex., a requisição ou o confisco) ou não dependente necessariamente da acção de terceiros (o caso do animal que foge para certo local ou é recolhido por certa pessoa). Para este alargamento, ver TABET, *rev. cit.*, c. 368.

²⁵⁵ Não concordamos assim com RODRIGUES BASTOS, *op. cit.*, (*supra*, nº. 222) p. 88, quando afirma que essa privação não culposa “conduziria à extinção da

Essa exoneração não poderá, contudo, verificar-se à margem de qualquer exigência de prova feita ao depositário e no sentido de ele demonstrar a sua falta de culpa na privação. PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA²⁵⁶ parecem apenas exigir essa prova no caso da perda fortuita da coisa, mas é evidente que essa “aparência” é ilusória, tanto mais que, noutros passos das suas anotações, quando são confrontados com o problema da responsabilidade do depositário pela falta culposa de denúncia, colocam, como questão preliminar a esse problema, a *ausência de culpa na privação*.

A referência que a norma faz à inimputabilidade da causa que levou à privação, não nos faz afastar dos *princípios gerais*, válidos para qualquer devedor, tendo o depositário que provar, nos termos que já vimos, a ausência de culpa no evento que conduziu à perda da sua detenção. Esta prova é necessária para o depositário não incorrer em sanções pelo não cumprimento do seu *dever essencial de guarda* e para se poder considerar exonerado desse dever e da restituição da coisa. A circunstância de o depositário se ver sem a detenção do bem depositado tem como consequência natural que ele não possa guardar e restituir aquilo de que está privado, mas, sob o ponto de vista jurídico, a sua exoneração não se pode basear nessa mera constatação de facto, sendo necessário a comprovação da ausência de culpa no evento²⁵⁷. Neste aspecto, a norma não pode deixar de reflectir os *princípios gerais*, válidos

obrigação de guarda e restituição nos termos gerais, por impossibilidade do cumprimento, por causa não imputável ao devedor (art. 790º, 1)º”.

²⁵⁶ Na p. 761 do C.C. *anot.* II, *cit.* os ilustres juristas referem essa prova da falta de culpa do depositário logo a seguir à invocação dos arts. 790º e ss. e, por outro lado, na alusão implícita ao disposto no nº 2 do art. 807º do C.C., só colocam o caso do perecimento da coisa.

A mesma dificuldade em sabermos a que hipóteses se referem PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA ocorre, quando, na mesma p. 761, aludem à cessação da obrigação de pagamento da retribuição por parte do depositante. A expressão “em qualquer destes casos” parece querer referir-se às situações em que o depositário tem de provar a sua falta de culpa (só na perda fortuita?) ou em que pode invocar a relevância negativa da causa virtual (o perecimento). Como quer que seja, parece-nos que, quer a coisa seja *perdida*, quer haja *privação* da sua detenção, o depositário poderá fazer valer sempre o disposto no nº 2 do art. 1200º (desde que o depósito seja oneroso) como norma especial prevalecente sobre a do art. 795º, 1. Ver aliás para uma aplicação ampla daquele normativo, PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 777-778.

²⁵⁷ Cfr. inequivocamente, na doutrina italiana, A. DALMARTELLO-G. PORTALE, E.D. *cit.*, p. 264, e GALGANO, *op. cit.*, p. 550.

para toda e qualquer forma de impossibilidade de cumprimento, confrontando-se o evento lesivo com a actividade de prevenção do devedor-depositário.

Não podemos sufragar assim a posição do Supremo²⁵⁸, ao considerar, apoiado na “aparência” da doutrina de PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, e contra o decidido na 1ª instância - num caso de furto de um automóvel depositado na garagem de um hotel -, ser esse evento, “*por si mesmo*”, uma causa não imputável ao depositário... para o efeito de exonerar o depositário das obrigações de guarda e restituição”. No sumário do acordão do Supremo reforça-se essa ideia, ao afirmar-se que “provado o furto ... fica o depositário, por isso mesmo, exonerado; só sobrevivendo impossibilidade de cumprimento por outras causas que não as previstas no artigo²⁵⁹, é que o depositário teria de provar a sua falta de culpa, de harmonia com o art. 799º do C.C.”²⁶⁰. Diversamente, a Relação de Lisboa²⁶¹ não incorreu nessa interpretação defeituosa, ao defender muito claramente que “só por si a subtracção ... não afasta a responsabilidade do depositário que tem de provar que não infringiu o dever de guardar a coisa”²⁶². Impõe-se, desta forma, uma segunda conclusão sobre o preceito em análise: *a exoneração do depositário das suas obrigações de guarda e restituição depende sempre da prova da ausência de culpa no evento*.

A norma do nº 1 do art. 1188º cria ainda para o depositário um *dever lateral* (ou acessório de conduta²⁶³) de “dar conhecimento imediato da privação ao depositante”. Este dever surge conectado a uma relação

²⁵⁸ Ac. de 17-3-85. B.M.J. nº 325, pp. 564 e ss..

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 564 (o sublinhado é nosso). O artigo a que se refere a asserção do aresto é o 1188º.

²⁶⁰ Mais de acordo com o conteúdo unitário da obrigação fundamental a cargo do depositário é o voto de vencido dos Conselheiros LIMA CLUNY e LOPES NEVES, ao assinalarem, e bem, os efeitos nefastos (conluio com terceiros) da não exigência de prova (da falta da culpa) ao depositário.

²⁶¹ Ac. de 16-1-86. *cit.*. Como vimos, tratou-se na hipótese do furto de um veículo por arrombamento da porta de uma garagem onde estava depositado.

²⁶² No ac. de 11-7-80, *cit.*, a Relação tinha reafirmado o mesmo princípio, a propósito de um caso semelhante, ao defender que o depositário tem que “provar que ficou sem a detenção por causa que lhe não é imputável”.

²⁶³ Ver ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral I, cit.*, p. 126 e G. VISINTINI, *op. cit.*, p. 163. Cfr. igualmente, KRÜCKMANN, *apud* L. MENGONI, *rev. cit.*, p. 392²⁶.

contratual de conteúdo lateral” (cfr. os arts. 1187º b) e 1190º, *in fine*), mesmo para o depositante, como acontece, por ex., na hipótese paradigmática de dever avisar o depositário dos perigos ou de outros vícios da coisa depositada²⁶⁴.

O cumprimento do dever previsto no art. 118º depende naturalmente da existência prévia da *detenção da coisa*²⁶⁵, não se estranhando assim que na chamada “custódia indirecta” (a cargo do albergueiro), um dever análogo²⁶⁶ incida sobre o cliente, tendo a sua omissão como consequência, nalguns ordenamentos²⁶⁷, a extinção da responsabilidade do albergueiro. *Mutatis mutandis* quanto ao cliente-locatário que encontre o *cofre* arrombado (ou violado) ou relativamente ao dono da coisa que seja furtada de certos locais, mesmo que exista um mero *dever lateral de vigilância*.

O art. 1188º, 1 não comina expressamente, como o faz o art. 1780º do *Codice Civile* ou se previa no art. 1451º de C.C. de Seabra, qualquer indemnização para o incumprimento ou o cumprimento tardio do dever de comunicação. Esta omissão parece ser intencional, não tendo obviamente o sentido de deixar sem sanção a conduta omissiva do depositário. O legislador pretendeu apenas evitar a discussão suscitada nesse e noutros textos do *Codice Civile*, mas sem afastar a sequela

²⁶⁴ Cfr. expressamente, para esse, dever, o § 694 do B.G.B., a que já aludimos, *supra*, nº. 171.

Ver, igualmente, PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *op. cit.* II, p. 776 e A. DALMARTELLO-G. PORTALE, E.D. *cit.* p.260¹²⁹ MEDICUS, *op. cit.*, p. 201, aplica o § 254 do B.G.B., caso o depositante omita a “*Obliegenheit*” de indicar ao depositário o valor de um objecto, posteriormente furtado.

²⁶⁵ Ver, *supra*, nº. 183.

²⁶⁶ Para LARENZ, *op. cit.*, II-1, p. 465, mais do que um dever trata-se de um *encargo* (“*Obliegenheit*”, segundo a terminologia de R. SCHMIDT), pois essa comunicação é feita também no interesse da pessoa alojada. Cfr. igualmente, MEDICUS, *op. cit.*, p. 204 e M. FRAGALI, E.D. *cit.*, p. 984. Ver, entre nós, para essa mesma natureza, VAZ SERRA, B.M.J. nº 80 *cit.* p. 177. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, I, p. 58, identifica, no entanto, a figura do *onus jurídico* com a dos *encargos*, ao contrário de MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, II, *cit.*, pp. 766-768, que as procura diferenciar. Sobre a “*Obliegenheit*”, ver ESSER-SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 92-95.

²⁶⁷ Cfr. o § 703 do B.G.B., do art. 1785º, *ter* do *Codice Civile*, e o art. 489º, 1 do Código suíço das Obrigações.

No Anteprojecto VAZ SERRA (art. 7º, 2), propunha-se, igualmente, e em princípio, a extinção da responsabilidade do albergueiro, se o hóspede não desse conhecimento do dano sem demora culposa (p. 182 da B.M.J. nº 80 *cit.*).

(indenizatória) mais adequada à violação do dever lateral em causa, face à manifesta impropriedade do expediente resolutivo.

A comunicação tempestiva tem aqui o fim precípuo de possibilitar ao depositante a adopção de medidas que levem à recuperação da coisa e à defesa do seu direito real (em regra, o depositante será o proprietário da coisa) e daí a sua inexigibilidade se, por qualquer razão, o depositante vier a saber do sucedido²⁶⁸.

A dúvida que se pode colocar entre nós, e tem suscitado viva polémica na doutrina e jurisprudência italianas, diz respeito à questão de saber qual o *conteúdo* da indemnização pela falta culposa da comunicação ou pelo seu cumprimento tardio²⁶⁹. Verificado este incumprimento (*lato sensu*), o depositário deve indemnizar os danos resultantes da *perda da coisa* ou apenas aqueles que sejam consequência adequada desse *concreto incumprimento* ?

A jurisprudência²⁷⁰ e certa doutrina²⁷¹ italianas, defenderam durante algum tempo a solução mais gravosa para o depositário, partindo do sentido próprio de uma norma considerada como um todo indivisível e em que a exoneração estaria *condicionada* não só à imputabilidade do evento causador da perda da detenção mas também à denúncia do facto criador dessa perda. Esta tese mais rigorosa estaria em consonância com a função da norma do art. 1780º, 1, na medida em que a denúncia teria o duplo escopo de permitir a recuperação da coisa e possibilitar ao depositante sindicar as circunstâncias em que teria ocorrido a perda da detenção.

²⁶⁸ Nesse sentido, PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *op. cit.*, II, p. 762. Para o afastamento de qualquer excepção, ver TABET, *rev. cit.*, c. 369. Já A. MARINI, *rev. cit.*, p. 294, assinalando a natureza "instrumental" do dever de informação, defende a relevância do conhecimento do evento por parte do depositante.

²⁶⁹ A questão coloca-se também no seio dos art. 1190º e 1192º, 2 (cfr. PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *op. cit.*, II, pp. 766 e 768), se tivermos em conta a redacção dos preceitos do *Codice Civile* que lhes serviram de fonte (respectivamente os arts. 170º, 2 e 1777º, 2).

²⁷⁰ Ver as sentenças da *Corte di Cassazione*, de 21-5-48 (R.D.C.D.O 1949, II, p. 221 e ss, 1949 I, c. 367, e a G.I., 1950, I, 1, c. 357), de 3-12-54 e de 9-3-55 (R.D.C.D.O. 1956, II, p. 81 e ss.) e a sentença da *Corte d'Appello* de Bolonha, de 4-2-54 (F.I., 1954, I, c. 497 e ss.).

²⁷¹ Ver E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, 1953, p. 185. A TRAVI, *Responsabilità del depositario per omessa immediata denuncia della perdita della cosa*, G.I., 1950 I, 1, c. 357 (configurando a indemnização pelo equivalente da coisa como uma *pena privada*) e os autores citados por A. GRISOLI (*Alcune postille in tema di responsabilità del depositario*, R.D.C.D.O., 1956, II, p. 82).

Dada esta finalidade mais complexa-e continuamos a seguir a mesma doutrina - a sanção não poderia deixar de consistir na *indenização do valor da coisa*, tendo até em conta os particulares riscos do contrato para o depositante e as dificuldades probatórias da indenização ligada directamente à falta da denúncia.

A jurisprudência mais recente²⁷² e a doutrina²⁷³ dominante propendem, pelo contrário, para a solução de o depositário ser obrigado a indemnizar apenas os *danos especificamente ligados à omissão culposa da denúncia* ou ao seu *cumprimento tardio*, crismando a tese contrária de “anómala e singular”, contra a “lógica, a justiça e o senso comum” e muito rigorosa para o “depositário diligente e não remunerado”. Ao considerar a norma estruturada em duas partes distintas, esta posição não condiciona a exoneração do depositário à denúncia do facto que levou à perda da detenção, relevando que a exegese da norma é clara ao situar o cumprimento desse dever no período imediatamente a seguir à liberação do depositário. De acordo ainda com o núcleo central desta doutrina, o dano liga-se causalmente à omissão da denúncia e é de conteúdo eventual e incerto, variando segundo o caso concreto. A defesa indiscriminada de uma avaliação abstracta, tal como é feita pela doutrina mais radical, não teria em conta a especificidade de cada situação, já que o depositante teria direito ao equivalente da coisa, quer a viesse a recuperar, quer nada pudesse fazer, mesmo que fosse avisado²⁷⁴. A. GRISOLI²⁷⁵ vai mesmo mais longe, ao dizer, com uma certa razão, que a jurisprudência dominante confunde a “indenização” (que depende do cálculo efectivo dos danos) com o problema do “risco”, fazendo-o recair sobre o depositário²⁷⁶.

²⁷² Ver, a decisão da *Corte di Cassazione*, de 17-1-78, R.D.C.D.O., 9-10, pp. 290 e ss., com a anotação concordante de A. MARINI, *cit.*, *supra*, n.º 253.

²⁷³ Cfr. DE MARTINI, N.D.I. *cit.*, A. DALMARTELLO-G. PORTALE, E D. *cit.* p. 265, P. GREGO, *La responsabilità del depositario per l'omessa denuncia della perdita della cosa depositata*, R.D.C.D.O. 1949, II, p. 221 e ss., A. TABET, *rev. cit.*, c. 367 e ss., G. RICCARDELLI, *Sull'applicabilità dell'art 1780 cod. civ. al contratto di trasporto*, F.I., 1954, I, c. 620, A. GRISOLI, *cit.*, A. MARINI, *cit.*, e MENGONI, *rev. cit.*, pp. 391 e ss..

²⁷⁴ Não é de estranhar assim que G. RICCARDELLI, *rev. cit.*, c. 620, fale de “responsabilidade objectiva”.

²⁷⁵ *Rev. cit.*, p. 86.

²⁷⁶ MENGONI (*rev. cit.*, 392), assume, em parte, essa crítica, ao colocar em contraste a “indenização pelo equivalente” com a indenização em função do interesse do credor e ao assinalar à doutrina minoritária uma ruptura patente com o nexo de causalidade. Esta inadequação seria visível na circunstância de o dano inerente à falta de

Entre nós, PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA²⁷⁷ defendem categoricamente a tese *menos radical*, assinalando o conflito da solução contrária com a afirmada exoneração do depositário, tendo até em conta a maior prudência do nosso legislador ao evitar a formulação dubitativa do *Codice Civile*²⁷⁸. Segundo PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, “há que separar as duas partes (da norma), porque elas dizem respeito a obrigações distintas, tendo cada uma a sua sanção própria”.

Aderimos também à posição mais qualificada, desde logo porque a análise da letra da lei — a 2ª parte do nº 1 do art. 1188º é uma frase adversativa — revela inequivocamente que a exoneração do depositário é um efeito ligado *exclusivamente* à privação da detenção da coisa (sem culpa desse devedor). Trata-se de um *efeito legal* não condicionado a qualquer comunicação, como acontece, igualmente, no caso a que se refere o art. 89º do Decreto-Lei nº 321-B/90, de 15 de Outubro (regime do arrendamento urbano).

Extinta a obrigação principal a cargo do depositário, surge um autónomo *dever lateral* de comunicação, com a finalidade de “permitir ao destinatário da participação... um esclarecimento necessário para o seu comportamento futuro ...”²⁷⁹. A fonte do dever é, contudo, duvidosa, oscilando a doutrina estrangeira entre uma qualificação *legal*²⁸⁰ e a consideração do dever na fase *pós-contratual* - apesar da extinção dos deveres principais de prestação - e em conexão com o princípio da *boa-fé*²⁸¹. Parece-nos mais correcta esta última construção, na medida em que a extinção do contrato não liberta os contraentes do cumprimento de

comunicação nem sempre consistir na falta de recuperação da coisa, podendo traduzir-se apenas na efectivação de certas despesas.

²⁷⁷ *Op. cit.*, II, p. 762. No mesmo sentido, RODRIGUES BASTOS, *op. cit.*, p. 88.

²⁷⁸ Essa maior cautela foi ao ponto de não manter, na redacção final do art. 1188º, a norma proposta por GALVÃO TELLES (ver, *supra*, nº. 234) sobre o *commodum* de representação, atendendo à maior amplitude que parece ter a norma do *Codice Civile* (art. 1780º) em que se inspirou GALVÃO TELLES.

²⁷⁹ MOTA PINTO, *Cessão ... cit.*, pp. 342²-344.

²⁸⁰ É o caso de RICCARDELLI, *rev. cit.*, c. 501 (“... *dopo la estinziocne del contratto ... nasce un nuovo obbligo, di cui fonte non è il contratto ma la legge*”) e de TABEL, *rev. cit.*, c. 368. Este último jurista assinala à culpa pela omissão uma natureza pós-contratual, mas concebida à margem do contrato, isto é, como “*delitto civile*”.

²⁸¹ Para P. GRECO (*rev. cit.*, p. 224), o dever de denúncia “... *costituisce ... un vero e proprio obbligo contrattuale*”. É sobretudo em MENGONI (*rev. cit.*, pp. 393-394), que se encontra a construção dogmática mais perfeita em articulação com as “*regole della*

certos deveres activos ou omissivos, de acordo com aquela lealdade e cooperação inerentes à boa fé objectiva. E se, por ex., na fase de execução contratual, o credor deve avisar o devedor dos obstáculos ou impedimentos (mesmo pessoais) de maneira a prevenir um cumprimento mais oneroso²⁸², no período pós-contratual o dever de comunicação do depositário visa satisfazer o interesse do depositante em desenvolver a actividade que o posso conduzir até ao bem.

O incumprimento (*lato sensu*) desse dever não pode deixar de responsabilizar o depositário pelos danos *causalmente* ligados a omissão. Como a base para a restituição da coisa caiu, não se justifica o pagamento do seu valor, sob pena de a lei criar uma anómala garantia contra o risco da privação da detenção e numa hipótese contratual que se destina, em regra, a beneficiar o depositante²⁸³. Nem estamos num caso em que recaia sobre o depositário qualquer dívida de valor, como acontece nas situações em que a restituição (devida em espécie) se impossibilitou (cfr. os arts. 289º, 1, 489º, 2 e 1149º).

A solução menos radical é a mais *justa*, pois evita-se o possível enriquecimento do depositante (que entretanto tenha recuperado a coisa), é a mais *razoável*, sob pena de se estimular a inércia daquele, “incentivando” a não recuperação da coisa²⁸⁴ e é a mais *coerente* com a prudência legislativa, com os princípios da responsabilidade contratual e com os seus pressupostos.

A indemnização pelos danos *concretamente* sofridos pelo depositante representa uma grandeza que é normalmente inferior à indemnização

correttezza” (cfr. o art. 1175º do *Codice Civile*). Cfr. também, A. MARINI, *rev. cit.*, p. 292 e DALMARTELLO-G. PORTALE, *E.D. cit.*, p. 265. Sobre a responsabilidade pós-contratual, ver MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 354-356 e MENEZES CORDEIRO, *Da pós-eficácia das obrigações*, Coimbra, 1984.

²⁸² Para o relevo (no regime da mora) da comunicação, pelo credor, do impedimento “justificador”, ver BAPTISTA MACHADO, *R.L.J.*, ano 116º, *cit.*, pp. 358 e ss..

Cfr. ainda, para a importância prática da atitude do credor, o art. 9º, 3 do Decreto-Lei nº 349/86, *cit.*, *supra*, nº. 8 (comunicação ao transportador da doença ou outra circunstância objectiva impeditiva).

²⁸³ Justificadamente, o art. 25º do Decreto-Lei nº 171/79, de 6 de Junho, faz recair o risco do perecimento ou deterioração da coisa sobre o locatário. Cfr. igualmente, o já referido art. 1136º, 1.

²⁸⁴ Sobre o ponto, ver RICCARDELLI, *rev. cit.*, (*supra*, nº. 19) c. 502.

A aceitação da corrente mais radical faria com que o depositante visse com bons olhos a falta de comunicação, no caso de diminuto valor do bem depositado.

pelo valor, podendo até não ser quantificada na hipótese de se provar que, apesar de avisado, o depositante nada poderia fazer para recuperar a coisa. Em todo o caso, como salienta MENGONI²⁸⁵, a indemnização pela falta de comunicação nunca poderá ser maior do que o quantitativo que seria devido em caso de perda culposa da coisa, podendo atingir o valor da coisa, se o depositante provar que, caso tivesse sido avisado, a poderia ter recuperado. Apoiados nos exemplos referidos por TABET²⁸⁶ e retomados por A. MARINI e outros, os danos derivados da falta culposa de comunicação ou do seu cumprimento tardio terão a ver, sobretudo, com as indemnizações que seriam devidas por alguma seguradora, com a aquisição menos onerosa (de um bem idêntico) que poderia ter sido feita, com as despesas entretanto realizadas (por ex., comida para o animal ou deslocação inútil ao domicílio do depositário) e com as consequências indemnizatórias resultantes de negócios feitos pelos depositante, convencido da detenção da coisa pelo depositário²⁸⁷. A terceira conclusão a que nos conduz a interpretação do n.º 1 do art. 1188º não pode pois deixar de ser a seguinte: *a sanção, para a omissão-culposa ou a mora no cumprimento do dever lateral de dar conhecimento ao depositante da privação da detenção, consiste na indemnização dos danos causados por essas faltas.*

Uma última nota sobre o preceito em análise contende com uma questão que já formulámos e que consiste em saber se o n.º 1 do art. 1188º, na parte em que estabelece um dever lateral, é uma *norma especial*, privativa do depósito ou se pode ser *transposta, directamente* ou por *analogia*, sempre que haja um dever de guarda ou um contrato com elementos do depósito.

Em primeiro lugar, a resposta a este problema não pode deixar de ter em conta a circunstância de esse dever ser “exigido” pela boa fé, em ordem a uma integral cooperação das partes contratuais. Mesmo que o preceito fosse omisso quanto a essa obrigação, ela veria a luz do dia por força do *princípio geral* consagrado no art. 762º, 2 (em conjugação com o disposto no art. 239º), com aptidão, como se sabe, para “inflacionar” o

²⁸⁵ *Rev. cit.*, p. 392²⁸.

²⁸⁶ *Rev. cit.*, c. 369.

²⁸⁷ Não parece de afastar, embora em caso muito excepcionais, a possibilidade de se cumular a indemnização (por ex., pelas despesas desaproveitadas) com a quantia recebida pelo depositante-vendedor e relacionada com o acto de terceiros (por ex., furto ocorrido uns dias antes de o depositante se tornar proprietário da coisa). Ver, *supra*, n.º 5.2..

conteúdo do contrato. E se assim é, o mesmo dever acaba por se “impôr” ao depositário, na hipótese de *perda ou perecimento (não imputável)* da própria coisa. A exoneração do dever de restituição não o liberta, segundo cremos, do dever de avisar o depositante do sucedido, mas agora com a finalidade de este ficar a saber que a restituição não será mais possível e para evitar alguns daqueles danos consequentes à omissão culposa desse aviso. A fundamentação legal do dever não pode deixar de ser o disposto nos dois preceitos acima referidos ou o próprio n.º 1 do art. 1188º, sujeito, para este efeito, a uma *interpretação extensiva* ou a uma aplicação *analógica*. A 2ª parte do n.º 1 do art. 1188º, é a especificação de um *princípio geral*, radicado na boa fé, “que impõe ao devedor a obrigação de avisar imediatamente o credor da impossibilidade da prestação”²⁸⁸, e que o nosso legislador entendeu consagrar expressamente com o propósito de evitar discussões interpretativas²⁸⁹.

Embora o C.C. de Seabra não tivesse conhecido uma clausula geral idêntica à do art. 762º, 2 do C.C. actual, também é certo que não deixou de consagrar esse concreto dever de comunicação em vários dos seus preceitos. Efectivamente, quer no já referido art. 1451º, quer nos arts. 1515º, 1608º, 4, 2240º e 2261º, o *depositário*, o *comodatário*, o *arrendatário*, o *usufrutuário* e o *usuário* eram obrigados a avisar o depositante, o senhorio, e o proprietário da coisa, dos factos lesivos de terceiro. Dos últimos quatro preceitos, só o do art. 2240º é que foi reproduzido, quase textualmente, no art. 1475º do C.C., correspondendo o do art. 2261º ao art. 1490º do diploma actual. Na anotação a essa norma do usufruto (o art. 1475º), PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA²⁹⁰, considerando estar-se perante um dever *accessório de conduta*, entendem que o dever de aviso do usufrutuário “caberia já no dever de usar e fruir a coisa como o faria um bom pai de família, que vem consagrado no art. 1446º”²⁹¹, mas não deixam de referir o pensamento de autores que o integram antes no “dever de custódia”.

²⁸⁸ MENGONI, *rev. cit.*, pp. 395-396.

Cfr. igualmente, *supra*, n.º 281.

²⁸⁹ RODRIGUES BASTOS (*op. cit.*, p. 88), considera que a norma é especial nessa parte, mas pelo que afirmamos no texto essa conclusão não se nos afigura exacta.

E. MASSARI (*L'obbligazione di custodire nel pegno e nel deposito*, R.T.D.P.C., 1950, p. 1097), defende igualmente a natureza “limitada, circunscrita e particular” do art. 1780º, 1, «norma inidónea para desempenhar a função de regra geral”.

²⁹⁰ *Op. cit.*, III, pp. 459-460.

²⁹¹ Essa fundamentação traz à colação o problema da natureza dos deveres laterais.

Quanto aos outros dois casos (o dever de aviso do *comodatário* e do *locatário*), dos arts. 1038º h)²⁹² e 1135º g) deriva uma obrigação de *aviso imediato sempre*” ... que *terceiro se arroga direitos em relação a ela* [coisa], desde que o facto se já ignorado ...”. Embora pensemos que esta “pretensão” do terceiro se relaciona mais com actos de perturbação do que propriamente com a privação da detenção, a *ratio* de qualquer das normas cobre sem dificuldade esta última e característica hipótese²⁹³, sem termos necessidade de recorrer ao art. 1188º, 1. Mesmo que a existência de um dever de vigilância e de guarda (afirmado expressamente para o *comodatário* pelo art. 1135º a)) nos conduzisse à aplicação analógica da norma correspondente ao elemento típico secundário, a transposição do art. 1188º, 1 - que não é uma norma *bome à tout faire* - teria que ser feita cautelosamente atendendo à doutrina (menos favorável ao *comodatário*) do preceituado no art. 1136º, 1. Na realidade, se incluirmos nesta última norma a hipótese da privação da detenção²⁹⁴ poderá não haver exoneração do *comodatário*, “respondendo” este último não pelos danos consequentes a uma possível falta de aviso mas pelo valor da própria coisa. A aplicação analógica do preceito do art. 1188º, 1, estará, pois, dependente da prova que o *comodatário* faça sobre a inevitabilidade da privação “... ainda que mediante o sacrifício de coisa própria de valor não superior”.

Quanto ao *parceiro-pensador*, o legislador não consagrou expressamente esse dever de aviso, mas é obvio que essa obrigação (de comunicar ao dono dos animais o furto ou o roubo de que foi alvo) funda-se numa interpretação lata da norma do art. 1124º ou, como nos parece melhor, na *cláusula geral da boa fé* ou na *aplicação analógica* do art. 1188º, 1, por relevância do elemento típico correspondente à *vigilância* ou *guarda* dos animais.

A propósito da aplicação analógica (*ao credor pignoratício*) da norma do art. 1780º, 1 do *Codice Civile*, E. MASSARI²⁹⁵, em crítica a NAPPI, nega essa aplicação baseado na *diferença funcional* dos dois

²⁹² Cfr. também, o disposto na al. d) do art. 24º do Decreto-Lei nº 171/79, cit..

²⁹³ Expressamente para a hipótese do esbulho da coisa locada, ver PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *op. cit.*, II, p. 392.

²⁹⁴ Para esse entendimento, PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA *op. cit.*, II, p. 673.

²⁹⁵ *Rev. cit.*, pp. 1094 e ss..

institutos (penhor e depósito), na *diversidade da importância* do dever de guarda (colocado na sombra no caso do penhor) e na especificidade do momento extintivo. Como MASSARI aceita a posição radical de TRAVI sobre a interpretação do art. 1780º, I (indenização pela perda da própria coisa) e defende uma responsabilidade mais atenuada para o credor pignoratício (detentor no seu próprio interesse), não pode deixar de ser logicamente conduzido à inaplicabilidade do art. 1780º, I.

É evidente que concordamos com MASSARI quando salienta a necessidade de haver certas cautelas na aplicação das normas do depósito, mas também nos parece que a *ratio* do art. 1188º, I (correspondente, como vimos, ao art. 1780º, I), e que é a de proteger o depositante permitindo-lhe recuperar o seu direito sobre a coisa, não colide com qualquer disposição em contrário, própria do penhor. E também não parece que a diversidade dos poderes e obrigações do depositário e do credor pignoratício (*maxime*, a instrumentalidade do dever referido na alínea a) do art. 671º) obste à aplicação, com *algumas adaptações*, do disposto no art. 1188º, I, desde que não queiramos integrar o dever de aviso no princípio geral da boa fé.

Sabe-se ainda que o *perecimento* da coisa penhorada leva à extinção do penhor (art. 730º c), *ex vi* art. 677º)²⁹⁶, sem prejuízo da sua *substituição* (art. 701º, I). Desde que se entenda que, em caso de privação da detenção, o penhor também se extingue, o dever de aviso imediato tem aqui a finalidade de possibilitar a recuperação da coisa, no interesse do devedor, do credor e do terceiro (que tenha constituído a garantia real), para que a coisa furtada ou roubada possa desempenhar novamente a sua função. E mesmo que a coisa não seja recuperada²⁹⁷ continuará o dono dela a ter interesse nesse aviso, pois pode sofrer o mesmo tipo de danos (por ex., perda do valor respeitante ao seguro da coisa) que vimos poder ocorrer em relação ao depositante. A especificidade radica, assim, (em confronto com a norma do art. 1188º, I) e *só*, nas *sequelas do desaparecimento da coisa*, em virtude da (provável) manutenção da garantia.

²⁹⁶ Cfr. o disposto no art. 761º, para o perecimento da coisa onerada e os arts. 758º e 759º, com remissão para as regras do penhor.

²⁹⁷ É importante reter-se que, contrariamente ao que sucede no direito italiano, o credor pignoratício não goza, entre nós, de acção de reivindicação (cfr. PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *op. cit.*, I p. 659). MASSARI não deixou, aliás, de explorar esse ponto em abono da sua tese.

No direito italiano tem-se colocado, a questão de saber se o art. 1780º, 1 é ou não aplicável ao *contrato de transporte*. G. RICCARDELLI²⁹⁸ recusa essa aplicação atendendo não só à natureza *accessória* do dever de guarda (no contrato típico de transporte) e à diversidade literal das normas dos arts. 1780º, 1 e 1683º (este último preceito só se refere à perda da coisa)²⁹⁹ mas também à necessidade de o transportador fazer a prova positiva da causa do dano. Esta última razão - continua RICCARDELLI - seria mesmo invocável para não se poder fundar, nos princípios gerais, o dever de comunicação imediata, atenta a completa exoneração do transportador, no caso de ter feito com êxito aquela prova.

Não parece, contudo, que estes argumentos sejam decisivos não só porque o jurista italiano não faz uma devida articulação do princípio da boa fé com os efeitos da exoneração do transportador, mas também porque à *ratio* do art. 1780º, 1 do *Codice Civile* e do art. 1188º, 1 do C.C. é indiferente a natureza *accessória* ou principal do dever de guarda. Se partirmos da existência de uma lacuna no contrato de transporte (inexistência de uma norma idêntica à do art. 1188º, 1), ela terá que ser preenchida por *aplicação analógica* deste preceito não só porque se mantém a filosofia que preside a essa comunicação³⁰⁰ mas também porque, quer o art. 383º do C.Com. (a subtracção da coisa transportada integra um caso de “força maior”), quer o art. 1188º, 1, exigem a prova da ausência de culpa no evento lesivo³⁰¹.

De qualquer modo não há necessidade para este procedimento metodológico, pois a hipótese parece perfeitamente coberta pelo disposto no art. 379º do C.Com., ao estatuir sobre o *dever de aviso* do transportador “se o transporte se não puder efectuar... por caso fortuito ou de força

²⁹⁸ *Sull' applicabilità dell' art. 1780º ... cit.*, c. 616. RICCARDELLI partiu, na defesa da sua tese, da sentença da *Corte di Cassazione*, de 14-4-53 (publ. no F.I., 1954 I, c. 488), que considerou responsável o transportador (concessionário do serviço postal) por não ter denunciado imediatamente ao destinatário o furto das coisas transportadas. Para uma anotação (anónima) favorável a sentença, ver a G.I., 1953 I, 1, c. 871-872.

²⁹⁹ Esse argumento literal já tinha sido explorado por MASSARI, *cit.* a propósito da redacção do art. 2790º, 1, relativo ao penhor. (o preceito faz responder o credor pignoratício, segundo as *regras gerais*, pela perda e deterioração da coisa).

³⁰⁰ A comunicação deverá ser feita ao expedidor e não ao destinatário, tal como aliás o defende RICCARDELLI (*cit.*, c. 619).

³⁰¹ Para quem defenda que o art. 383º não abrange o caso da privação da detenção a prova nem carece de ser tão precisa.

maior...”, prevendo-se até, no seu § único, a verificação do “acidente durante o transporte”³⁰².

Perante um contrato de *compra e venda* ou de *empreitada*, em que recaia sobre o vendedor ou o empreiteiro um dever secundário de guarda^{303 304 305} valem, semelhantemente, as considerações feitas sobre a existência do dever de aviso e sobre a sua possível fundamentação na norma do depósito. Consequentemente, se, por ex., o veículo perecer num incêndio, o dever de aviso fundar-se-à na regra geral da boa fé e, se for furtado ou roubado (antes ou depois de reparado), a aplicação analógica da norma do n.º 1 do art. 1188º não encontrará obstáculo no preceito que regula, na empreitada, a questão do risco³⁰⁶. O mesmo acontecerá no *mandato* (com entrega da coisa para ser vendida), desde que, como já dissemos, não haja razões que obstem à analogia, pressuposta a ausência de um regime completo no contrato típico³⁰⁷.

Nos contratos *coligados*, a norma do art. 1188º, 1, será aplicada *directamente* e nos contratos *mistos*, em que a vontade das partes crie uma relação de depósito, a norma poderá aplicar-se por *analogia*, desde que o dever de guarda *predomine*, se *parifíque* a elementos de outros contratos ou, sendo *secundário*, essa aplicação — correspondente à disciplina própria desse elemento — não contrarie o regime contratual do elemento dominante. Podemos assim avançar com a *quarta* e última conclusão: a *2ª parte do n.º 1 do art. 1188º (em ligação com a 1ª parte)*

³⁰² MENGONI (*rev. cit.*, pp. 395-396), depois de concordar com o *princípio* enunciado pela *Corte di Cassazione*, na decisão de 14-4-53, encontrou o fundamento legal da obrigação de comunicação do transportador numa leitura “*con un pó di attenzione*” do art. 1686º do *Codice Civile* (correspondente, em parte, ao art. 379º do nosso C.Com.)

³⁰³ Ver a sentença da *Corte di Cassazione*, de 3-12-54, anot. por A. LENER no F.I., I, 1955, c. 664 e ss., num caso em que o vendedor ficou sem a detenção de sacos entregues pelo comprador e necessários à expedição do trigo vendido. Cfr. igualmente, A. GRISOLI, *rev. cit.*, p. 83¹. Sobre a decisão da *Corte d'Appello* de Bolonha (de 4-2-54) e que originou aquela sentença da *Corte di Cassazione*, ver G. RICCARDELLI, *L'autonomia del contratto di deposito ...*, cit, c. 497 e ss..

³⁰⁴ Ver *supra*, nº 3.1.

³⁰⁵ Cfr. G. VISINTINI, *cit.*, pp. 333-334, para a tendência jurisprudencial de aplicar ao “empreiteiro” a norma do art. 1770º, 2, do *Codice Civile*.

³⁰⁶ Cfr. *supra*, nº 3.1.

³⁰⁷ A norma do art. 1161º c) parece ter aqui um conteúdo não lacunoso, tal como o afirmámos a propósito do art. 379º do C.Com..

é expressão da boa fé e poderá ser aplicada directamente ou por analogia aos contratos ou às situações de detenção em que haja um dever de guarda.

6. Diga-se, por fim, que estamos num domínio em que a responsabilidade do obrigado (e dos seus auxiliares) pode ser *convencionada*. Referimo-nos, naturalmente, à possibilidade dessa responsabilidade ser *agravada* ou *limitada* previamente, já que a sua *exclusão* suscita maiores dificuldades e reservas.

Quanto às *convenções de exclusão*, e na ausência de normas especiais que estatuem a sua nulidade (cfr., por ex., os arts. 27º, 1 do Decreto-Lei n.º 352/86, 16º, 1 do Decreto-Lei n.º 349/86, 41º do Decreto-Lei n.º 46.235 e 23º, 1 da Convenção de Varsóvia, de 12-10-29 e do Protocolo da Haia relativos ao *contrato de transporte aéreo internacional*)³⁰⁸, a eficácia jurídica dessas (ou de outras) estipulações terá que ser avaliada à luz das *disposições gerais* atinentes ao conteúdo dos contratos negociados (por ex., as normas dos arts. 504º, 3, *a contrario*, 800º, 2 e 809º) ou dos contratos de adesão (por ex., as normas dos arts. 18º c) d) g) e 21º e) do Decreto-Lei n.º 446/85)³⁰⁹, pese embora o facto

³⁰⁸ VAZ SERRA, no art. 7º, 1 do seu articulado sobre a *responsabilidade do albergueiro* (B.M.J. n.º 80, *cit.*, p. 182), considerava *nula* a convenção pela qual se pretendesse “afastar ou diminuir a responsabilidade do albergueiro”.

Cfr., no mesmo sentido, os arts. 1785º, *quater*, do *Codice Civile*, 489º, 2 do Código suíço das Obrigações e o § 701, 3 do B.G.B.. Para o regime italiano equivalente, anterior à lei n.º 316, de 10-6-78, ver M. FRAGALI, E.D..I., *cit.*, p. 988.

Se o regime nos parece correcto na medida em que salvaguarda o cumprimento do que M. FRAGALI (*cit.*, p. 978) designa por “custódia indirecta”, relativamente às coisas não abrangidas pela “responsabilidade de garantia” (o art. 1785º, *quinquies*, do *Codice Civile* e o § 701, 4 do B.G.B. excluem os automóveis, as coisas neles deixadas e os animais vivos) e que é conveniente *depositar*, serão naturalmente *válidos* as declarações-avisos (cfr. *infra*, n.º. 312) em que se declina a responsabilidade pela não efectivação desse depósito. Cfr., aliás, PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 118²³³ e V. DE LORENZI, R.D.C. II, 1982, pp. 95-96 (sobre a validade de uma cláusula de exoneração para os objectos não entregues no cofre de um *estabelecimento balnear*).

³⁰⁹ Ver, por todos, para a fiscalização do conteúdo desses contratos, PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 347 e ss. e 383⁸⁸⁴.

Ver *supra*, n.º 3.2., sobre o alcance da “condição” segundo a qual a instituição bancária “não assume responsabilidade alguma relativamente à natureza, quantidade ou valor dos papéis, títulos ou objectos encerrados no cofre alugado ...”. Cfr., contudo, para

de algum desses normativos não conduzirem a interpretações unívocas³¹⁰.

Por outro lado, não merecem censura as “declarações-avisos” relativas à *qualificação* do tipo contratual (“o aparcamento do veículo não constitui contrato de depósito, nem dos objectos existentes no mesmo” ou “o *ticket* só dá direito ao estacionamento não originando qualquer depósito ou dever de vigilância e faz-se sob a responsabilidade do dono do veículo”), sendo de *ponderar* as declarações unilaterais constantes de regulamentos, afixadas em certos locais (*maxime*, em garagens³¹¹ e parques de estacionamento³¹²) ou constantes das condições

a nulidade das cláusulas que afastem a obrigação de vigilância do Banco ou que o exoneram de responsabilidade em caso de *culpa grave*, R. RODIERE, *op. cit.*, p. 447. Ver igualmente, para a nulidade das cláusulas que limitem a responsabilidade objectiva prevista no art. 1839º do *Codice Civile*, M.C. CAPPONI, R.D.C.D.O., *cit.*, p. 581.

³¹⁰ Ver, por ex., para o alcance do disposto no art. 809º, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, II, p. 130 e PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 159 e ss.. Ver igualmente o último jurista, para a limitação do âmbito do art. 800º, 2, aos *auxiliares-independentes* (*op. cit.*, pp. 258 e ss., *maxime*, 287 e ss.), interpretação essa que tem reflexos directos na hipótese de o depositário recorrer a *auxiliares* (art. 1198º) ou a *terceiros* (art. 1197º). De facto, se o subdepositário for considerado como *terceiro-substituto*, o depositário não responderá por dolo ou culpa grave desse terceiro, só respondendo (com possibilidade de exclusão convencional) por *culpa in eligendo*.

³¹¹ Cfr. *supra*, n.º. 45.

³¹² Eis alguns exemplos: “Declinamos toda a responsabilidade em caso de incêndio ou roubo. Não nos responsabilizamos pelos objectos que não forem entregues à nossa guarda”; “Não nos responsabilizamos por danos causados por roubo ou incêndio nos veículos parqueados” (cfr. o relatório do ac. do S.T.J., de 17-3-85, *cit.*, *supra*, n.º. 258, pp. 566 e 568); “a Câmara Municipal não se responsabiliza por furtos ou danos nos veículos estacionados” ou “a Câmara Municipal declina qualquer responsabilidade por acidentes, danos ou roubos dos campistas e do seu material ocorridos dentro das zonas do parque” (o Supremo, em ac. de 7-11-85, B.M.J. n.º 351, p. 381, inclinou-se para a validação dessa cláusula, ao considerá-la como cláusula delimitadora do *objecto* do contrato).

Ver G. CORNU, R.T.D.C., 1980, pp. 783-784, a propósito do “aviso” existente no parque de estacionamento de um aeroporto e segundo o qual o estacionamento era feito sob risco do proprietário, declinando aquele toda a responsabilidade em caso de danos ou roubo perpetrados por terceiros. CORNU chama a atenção para o “surrealismo” do contrato “imposto” àquele que vai viajar, dada a “*jouissance ardemment désirée d'une place entre deux bandes dessinées*”.

Ver igualmente, o ac. da R.L., de 28-2-78, C.J. III, 1, p. 377, e que considerou *nula* a cláusula segundo a qual “a proprietária dos armazéns frigoríficos não se responsabiliza pelas perdas e danos, nas mercadorias armazenadas, provenientes de ... negligência”.

contratuais apostas nos *tickets* de estacionamento, nos títulos de transporte ou no recibo da prestação de serviços³¹³.

A tendência é para validar, em princípio, essas declarações - o que é manifesto quanto ao desaparecimento de objectos deixados no interior dos veículos³¹⁴ ou quanto aos danos provocados por terceiros nos próprios veículos - desde que, não tocando na essência do contrato³¹⁵, se refiram apenas à *delimitação* do seu conteúdo, sejam *conhecidas* da pessoa e não ponham em causa, naturalmente, a tutela concedida ao "aderente" pela legislação protectora³¹⁶.

Já não suscitam obviamente qualquer reserva as cláusulas inúteis³¹⁷, em que o obrigado decline qualquer responsabilidade por *eventos de força maior*, já que, na ausência de tal convenção, ele seria igualmente exonerado.

³¹³ Eis um desses "avisos" retirado de um talão de prestação de serviços fotográficos: "A responsabilidade por perda ou dano no processamento limita-se a igual metragem de película virgem".

³¹⁴ Assim, PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 118, LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 580 e V. DE LORENZI, R.D.C. *cit.*, pp. 95-96.

³¹⁵ Cfr. PINTO MONTEIRO, *cit.*, pp. 126-129.

³¹⁶ Ver MEDICUS, *op. cit.*, p. 203 e o relevo dado ao § 11, 7 da AGBG, de 9-12-76. Este preceito considera *proibida a cláusula de "exclusão ou limitação da responsabilidade por um dano que tenha a sua origem numa violação contratual grosseiramente negligente do predisponente..."* (cfr. com o art. 18º c) e d) do Decreto-Lei n.º 446/85). Cfr., também, LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 580.

³¹⁷ Nas propostas de adesão apresentadas pela Banca, relativamente ao contrato de "aluguer de cofre", aquela declina a responsabilidade pelos *acidentes e casos de força maior*.