

CLÁUSULAS NULAS NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE
PERDA DE CONCURSO DEVIDO A ATRASO OBRIGA A INDEMNIZAR DANOS
VOID CLAUSES IN TRANSPORT CONTRACTS
NOTICE OF LOSS DUE TO DELAY DAMAGES OBLIGED TO INDEMNIFY

Nuno Cerejeira Namora*

Se, em virtude de atraso no transporte, uma expedidora for impedida de entrar num concurso público, a empresa transportadora é obrigada a indemnizá-la pelos danos resultantes do não vencimento do concurso?

Defendemos que sim.

E qual o valor das cláusulas constantes do contrato de transporte que excluem a responsabilidade da transportadora?

Entendemos que são cláusulas absolutamente proibidas e como, tal, nulas.

O contrato mediante o qual uma empresa se obriga a fazer chegar uma proposta a um concurso público, num determinado prazo, aberto por outra empresa, é um contrato de transporte, previsto nos artigos 366º e sgs do Código Comercial.

Se, em virtude de atraso no transporte, a expedidora for impedida de entrar no concurso público em questão, a transportadora é obrigada a indemnizá-la dos danos resultantes do não vencimento do concurso.

As cláusulas constantes no contrato, que excluem a responsabilidade da transportadora além do valor correspondente ao preço do serviço podem ser excluídas do contrato mediante o disposto no decreto-lei 446/85, de 25 de Novembro segundo o qual, o ónus da prova de que levou tal facto ao conhecimento da expedidora impende sobre o predisponente, prova essa que, caso não seja efectuada, implica a exclusão de tais cláusulas do contrato.

O cumprimento defeituoso da prestação, por parte da transportadora, é gerador de responsabilidade civil nos termos dos artigos 799º, n.º 1; 921º do Código Civil e 377º do Código Comercial.

O artigo 563º do Código Civil consagra a variante negativa da causalidade adequada pelo que, o nexos causal não exige uma certeza total dos danos mas uma probabilidade muito séria da ocorrência dos mesmos.

O facto da proposta ir a concurso publico no qual, para ser aceite, tem de ser avaliado por um júri, com subjectividade e tendo em conta o mérito das restantes propostas, não impede o ressarcimento do dano, posto que a nossa lei consagra como tese geral a irrelevância da causa virtual.

Na abordagem deste tema acompanharemos de perto as duas teses subjacentes a dois Acórdãos recentemente proferidos, consagrando decisões que chegam a resultados diferentes.

Referimo-nos primeiramente, ao Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça a 24/05/2007 no recurso de Revista nº 923/06, publicado em www.dgsi.pt, no qual era demandada a transportadora “A, SA” e, num segundo momento, ao Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, a 21/09/2006, publicado em Jusnet 5245/2006, no qual era demandada a transportadora “B, S.A”

* Advogado

O contrato pelo qual alguém se obriga a fazer expedir determinada mercadoria, num determinado prazo, para um determinado local, é um contrato típico e nominado – o contrato de Transporte – cuja regulamentação jurídica está prevista nos artigos 366º e sgs do Código Comercial.

As empresas que se proponham a exercer “*a industria de fazer transportar por terra, canais ou rios, pessoas ou animais, alfaias ou mercadorias de outrem*”, são empresas que se deverão constituir pela forma prevista para as sociedades comerciais e que têm por objecto a prática de um acto de comércio que se encontra especialmente regulado no Código Comercial – o Transporte.

Uma transportadora de correio postal obrigou-se a efectuar a entrega de uma determinada proposta para um concurso público no prazo de dois dias, prazo no qual expirava a possibilidade da referida proposta ser admitida a concurso. A transportadora excedeu o prazo de entrega da proposta, por período muito superior ao acordado e, conseqüentemente, a proposta não foi admitida a concurso perdendo, com isso, o expedidor, a possibilidade de efectuar um determinado negócio.

A questão que se nos oferece reflectir é a questão da responsabilidade destas transportadoras pela expedição não atempada de mercadorias, a questão do âmbito de validade das cláusulas de exclusão da responsabilidade normalmente insertas nestes tipos de contratos bem como da existência e configuração do dano e extensão da indemnização, tendo em conta as dificuldades inerentes à alegação e prova do nexos de causalidade. Ou seja, da verificação de uma eventual responsabilidade civil pelo cumprimento defeituoso da prestação.

Antes de mais, porém, temos que nos deter um pouco na análise de alguns aspectos do regime jurídico do contrato de transporte.

Nos termos do artigo 369º do Código Comercial, o transportador deve entregar ao expedidor, que assim o exigir, uma guia de transporte.

Essa guia de transporte deverá conter determinados elementos, nos termos do artigo 370.º do mencionado Código Comercial, entre os quais está a determinação do prazo no qual a entrega deverá ser efectuada. Esta determinação de prazo constitui a prestação de uma garantia convencional, por força do disposto nos artigos 921.º (aplicável por força do artigo 939º) e ainda artigo 405.º, todos do Código Civil.

Trata-se de uma garantia prestada através de uma declaração negocial constante na guia de transporte. E, esta declaração tem pleno valor ou eficácia negocial bastando, para chegar a tal conclusão, fazer uma breve análise do regime da falta de consciência da declaração negocial (artigo 246º do código civil).

O artigo 246º do Código Civil prescreve que: “*a declaração não produz qualquer efeito se o declarante não tiver a consciência de fazer uma declaração negocial ou for coagido pela força física a emiti-la (...)*”

Ou seja, para a declaração produzir efeitos e estarmos perante uma declaração negocial deve existir consciência da eficácia negocial da acção, não obstante não existir consciência plena de todos os efeitos jurídicos decorrentes da acção. Isto é, o Código Civil exige apenas a consciência da acção e a consciência da eficácia negocial da acção, inexistindo a consciência dos efeitos jurídicos advenientes da mesma.

Para a aferição da consciência negocial da acção confrontam-se duas teorias: a teoria subjectiva, para a qual a consciência da eficácia negocial da acção deve ser aferida na perspectiva do declarante; e a teoria objectiva segundo a qual essa consciência deve ser aferida de acordo com o regime objectivo da interpretação negocial – pela teoria da impressão do declaratório.

Para esta última teoria, há a consciência da eficácia negocial da acção se um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, interpretar a declaração no sentido de que existe consciência da eficácia negocial da acção.

Ora, quando se está perante uma declaração negocial como a que estabelece a garantia convencional de entrega num determinado prazo, constante na guia de transporte, é perceptível que um declaratório normal, colocado na posição do expedidor, interpretaria tais declarações – emitidas num ambiente negocial – como prestadas pela transportadora com consciência da eficácia negocial da sua acção.

Note-se que não é condição da existência da declaração negocial, a consciência plena dos efeitos jurídicos.

Relembre-se que o caso que se está a analisar é o caso que o expedidor perde um benefício, ou a hipótese de o obter, devido a um atraso de expedição por parte da transportadora.

Ora, nesse caso, por força do disposto nos artigos 799.º, n.º 1 e 921.º (por força do artigo 939.º) todos do Código Civil, há cumprimento defeituoso por parte da transportadora.

De volta ao regime jurídico do Transporte, estamos perante um caso de responsabilidade do transportador, nos termos do artigo 377º do Código Comercial. Em consonância com o disposto no artigo 382º do mesmo código, *“o transportador é obrigado a fazer a entrega dos objectos no prazo fixado por convenção (...) sob pena de pagar a competente indemnização”*. Porém, nos termos do parágrafo 1º do artigo 382º, apenas tem de ressarcir as perdas e danos resultantes da demora se a mesma exceder o dobro do tempo convencional. Esta norma favorece claramente o transportador.

No entanto, tendo em conta a realidade actual, esta norma encontra-se completamente desfasada no tempo e, se tinha justificação em 1888, hoje em dia, o tráfego jurídico e o comércio sofreram profundas alterações sendo que, a própria noção de tempo foi modificada.

Actualmente, garantir a entrega num dado prazo significa o cumprimento nesse prazo e não no dobro do tempo. Pense-se, a este propósito, na evolução ocorrida nos meios de comunicação e de transporte que se verificou desde 1888 até aos dias de hoje.

Além do mais, essa norma constitui uma negação à liberdade contratual, relativa à cláusula referente ao prazo de entrega. Por essa razão, dever-se-á entender que esta norma foi derogada pelos artigos 921º e 405º do Código Civil.

É também lícito entender que esta norma foi derogada pelo artigo 18º, al. c) do DL 446/85, de 25 de Outubro (Lei das Clausulas Contratuais Gerais), a qual dispõe que são absolutamente proibidas as clausulas contratuais gerais que *“excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou incumprimento defeituoso (...)”*

Apenas se admite a exclusão da obrigação de indemnização do transportador no caso da demora do transporte se dever a *“caso fortuito, força maior, culpa do expedidor ou destinatário.”* Deste modo, para que a transportadora veja excluída a sua responsabilidade tem de alegar e provar algum destes factos.

Acresce que, em conformidade com o disposto no paragrafo 3º do artigo 381º do Código Comercial, *“a falta de suficientes meios de transporte não releva o transportador da responsabilidade pela demora”* pelo que, como se vê, a insuficiência de meios de transporte não exclui a responsabilidade.

Um outro ponto que nos propusemos a tratar tem a ver com o âmbito de validade das cláusulas de exclusão da responsabilidade normalmente insertas nestes tipos de contratos.

Na verdade, é normal estas empresas (as transportadoras) excluírem a sua responsabilidade ou, melhor dizendo, limitarem a sua responsabilidade quanto aos danos resultantes da perda, extravio, dano ou atrasos de mercadoria ao valor correspondente ao preço do serviço.

Há, porém, uma forma de contornar esta limitação/exclusão da responsabilidade, mediante o disposto no já mencionado DL 446/85, de 25 de Outubro (Lei das Clausulas Contratuais Gerais).

Para o efeito, é necessário o expedidor alegar que as condições gerais de transporte foram elaboradas pela transportadora, sem prévia negociação com o expedidor. Perante tal facto, estamos perante um contrato de adesão nos termos do artigo 1º do mencionado diploma legal. E, em consonância com o disposto no artigo 5º do referido Decreto-Lei, o ónus da prova de que o teor das cláusulas gerais foi levado ao conhecimento do expedidor é do predisponente. Nesta medida, impende sobre a transportadora o ónus de provar que as cláusulas constantes no contrato foram integralmente comunicadas, com a antecedência necessária e de modo adequado a tornar possível o seu conhecimento completo e efectivo por parte do expedidor. No caso de tal (difícil) prova não ser efectuada, a consequência é a exclusão destas cláusulas, nos termos do artigo 8º do DL 446/85, de 25 de Outubro.

Ou seja, a transportadora tem de conseguir provar (pois aqui há uma inversão do ónus da prova) que deu conhecimento ao expedidor dessas cláusulas sob pena destas serem excluídas do contrato nos termos supra descritos.

O último ponto que nos propusemos a escarpelizar tem a ver com a existência de responsabilidade civil por parte da transportadora e, para tal, da existência e configuração de um dano, bem como do nexo de causalidade entre o ilícito contratual consubstanciado no incumprimento e os danos sofridos pelo expedidor.

Antes de mais, temos por certo que o cumprimento defeituoso da obrigação é gerador de responsabilidade civil, nos termos dos artigos 799.º, n.º 1, 921.º (aplicável por força do artigo 939.º) todos do Código Civil e 377.º do Código Comercial.

Relativamente ao primeiro ponto, a questão de apurar e definir qual o dano sofrido, revela-se da maior importância uma vez que, sem dano não podemos falar de responsabilidade civil e, no caso que estamos a apreciar, trata-se de uma “prova diabólica”, a prova de que o expedidor teria ganho o concurso de modo a poder ser ressarcido da integralidade dos lucros que obteria com o vencimento do mesmo.

Assim, a melhor solução parece-nos ser, de acordo com a sentença proferida pela 3ª Vara Cível da Comarca de Lisboa, no âmbito do processo 2758/03 a qual viria a ser confirmada pelas duas instâncias superiores, que temos vindo a seguir bastante de perto, o dano: “*pode ser configurado de três formas (...)*.”

Pode-se considerar que o dano reparável está restrito ao preço do transporte. (...)

O dano pode ser configurado como resultado. Isto é, pode-se considerar que a indemnização corresponde aos lucros que resultariam do negócio não realizado. (...) Todavia, para tanto é necessário obter a certeza de êxito da autora no concurso e a inerente certeza de obtenção dos lucros que resultariam do negócio não realizado. Existem aqui evidentes dificuldades de prova do nexo de causalidade.

Por último e de forma a possibilitar uma indemnização parcial, dadas estas dificuldades de prova do nexo de causalidade, o dano pode ser configurado como perda de uma oportunidade (“perte d’une chance”). Neste caso, atender-se-á à probabilidade de êxito da autora no concurso, em função nomeadamente do número de concorrentes, e à inerente probabilidade de obtenção dos lucros que resultariam do negócio não realizado.”

Deste modo, teria o dano de ser configurado como uma perda de oportunidade que, à partida, terá uma percentagem equivalente à que teria o expedidor tendo em conta o número de propostas apresentadas e, indo mais longe, a prova efectuada relativamente ao mérito da proposta.

O ponto seguinte que se nos oferece tratar é o do nexo de causalidade. É necessário efectuar a prova de que há um nexo de causalidade entre o facto ilícito e os danos que ele provoca (artigo 563º do Código Civil).

O nexo causal pode ser configurado na sua variante negativa ou positiva.

Na variante positiva, um dano só é efeito adequado de um facto se este for idóneo a produzi-lo em função dos dados e conhecimentos fornecidos pela experiência comum e tendo em conta o circunstancialismo em que se moveu o agente (que, por essa razão, previu ou devia prever os efeitos do seu acto).

Ou seja, e de acordo com o Acórdão do STJ, n.º 923/06, de 18 de Maio de 2006 “a previsibilidade do agente se reporta não apenas aos factos mas também aos seus efeitos.” Ora, este é o “patamar ético típico do direito criminal”, segundo o mesmo acórdão.

Na teoria indemnizatória, tratando-se do ressarcimento do lesado, “a previsibilidade do agente, ao actuar, não tem de estar amarrada aos efeitos do facto, bastando-se com o conhecimento (ou obrigação de conhecer) do facto.

Por isso mesmo, na variante negativa da causalidade adequada, o facto é causa adequada do dano se for uma das condições do processo sequencial que vai desembocar na produção desse efeito; só assim não será se essa condição for totalmente irrelevante para a eclosão do dano segundo os dados da experiência comum.”

Essa variante tem uma abrangência bastante maior no que toca à fixação do nexos causal. Não é necessário que o agente preveja os efeitos do seu acto; “ao praticá-lo intencional ou negligentemente ele está a assumir tais efeitos e, por extensão, o dever de os indemnizar.”

O artigo 563º do Código Civil consagra a variante negativa da causalidade adequada ao prever que “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado não teria sofrido se não fosse a lesão”.

Assim, para o já citado acórdão do STJ, “qualquer condição que interfira no processo sequencial dos factos que conduzem à lesão (e que não seja de todo indiferente à produção do dano segundo as regras normais da experiência comum) seja causa adequada do prejuízo verificado.”

Ou seja, para a teoria subjacente a esta decisão, o nexos causal não exige, para poder ser indexado, uma certeza total dos danos mas, tão-somente uma probabilidade muito séria da ocorrência dos mesmos.

Conclui-se que, tendo em conta o disposto no já transcrito artigo 563º do Código Civil, o legislador não impõe que o nexos causal tenha de ser avaliado a partir de factos de ocorrência absolutamente certa e segura mas da probabilidade séria da mesma “em função do condicionalismo concreto em que ocorreu a lesão e se moveu o agente.”

No entender desta orientação jurisprudencial, não tem de ficar provado que, (no caso em que estamos a apreciar), o expedidor ganharia o concurso para ser indemnizado da totalidade dos lucros cessantes.

Em primeiro lugar, o dano abrange uma perda de oportunidade mas, basta provar a grande e séria probabilidade da ocorrência de danos advenientes do incumprimento contratual da Transportadora – como seja uma apreciação de mérito das propostas apresentadas – para que haja danos a indemnizar, os quais, na visão deste acórdão, deverão incidir sobre a totalidade da margem bruta que o concurso permitiria à expedidora.

Há, porém, um outro acórdão, proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de Setembro de 2006, Jusnet 5245/2006, segundo o qual se entende que o âmbito do dano indemnizável se restringe ao ressarcimento dos prejuízos resultantes das despesas que a expedidora teve com a elaboração da proposta e seu envio excluindo, portanto, a indemnização relativa ao lucro que auferiria caso tivesse ganho o concurso.

Este acórdão nega a indemnização por considerar que o ganho do concurso é uma circunstância inteiramente estranha à Transportadora.

Para este acórdão, “a teoria da causalidade adequada que acabou por vingar na disciplina jurídico portuguesa, pressupõe que o facto supostamente lesivo seja, na sequencia causal que conduz ao dano, a causa que melhor se adequa à produção de tal efeito. Ou seja, entende-se que entre a acção supostamente lesiva e o dano ocorra um processo causal adequado a tal desfecho que exclua ou afaste outros elementos causais mas menos adequados à produção do resultado.”

Isto é, considera que “dentro de uma perspectiva de probabilidade no modo como habitualmente sucedem os eventos, o acto lesivo conduza em concreto ao resultado danoso

numa sequência em que não interfiram outros factos que possam ser igualmente aptos a esse desfecho.”

Seguindo os ensinamentos de Pessoa Jorge, Ensaios sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil, a adequação abrange todo o processo causal, não apenas a causa e o efeito isoladamente considerados. *“É necessário, por outras palavras que o efeito tenha resultado do facto, considerado causa dele, pelo processo porque este é abstractamente adequado a produzi-lo.”*

Com base nestes ensinamentos, o mencionado acórdão interpreta o artigo 563º num âmbito mais restrito alegando que, lido numa perspectiva literal, este artigo estabeleceria um elo causal interminável a partir de um facto inicial conduzindo, nessa medida, a resultados absurdos.

Para este acórdão, a conduta negligente da Transportadora é abstractamente apta a produzir o efeito *“exclusão da proposta da expedidora do concurso”* não sendo causa adequada à produção do efeito *“não ganhar o concurso”*.

Tratar-se-ia aqui, da intervenção de outros processos causais estranhos ao incumprimento da transportadora *“como sejam a qualidade das propostas concorrentes, os critérios e a própria subjectividade dos elementos do júri”*

Daqui se extrai uma responsabilidade da transportadora que se restringe única e exclusivamente à exclusão da expedidora do concurso sendo que são, nesta medida, indemnizáveis *“todas as circunstâncias associadas a tal exclusão”*.

O referido acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa conclui pela improcedência do recurso na parte da indemnização pelo não vencimento do concurso por falta de nexo causal.

Do nosso ponto de vista, a discordância dos dois acórdãos correlaciona-se com a relevância da causa virtual.

Na nossa perspectiva, o Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça decidiu melhor, consagrando a regra geral da irrelevância da causa virtual.

Na verdade estamos de acordo com a opinião do prof. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral, Vol. I, 5ª Edição, p.895: “a causa virtual não exonera o lesante da obrigação de indemnizar, salvo disposição legal em contrário.”*

Assim, parece-nos que a obrigação de indemnizar o dano, configurado como a perda de oportunidade, existe relativamente ao lucro que auferiria caso tivesse ganho o concurso independentemente de interferirem outros factos que possam ser igualmente aptos a esse desfecho.

Chegamos a essa conclusão em virtude do facto de serem excepcionais os casos que a lei civil admite a relevância negativa da causa virtual (artigos 491º a 493º; 807º, n.º2; 1136º, n.º2). E, tratando-se de normas excepcionais, não admitem, por força do disposto no artigo 11º do código civil, interpretação analógica.

Além do mais, a lei manda recorrer à situação hipotética que o lesado teria se não existissem os danos, não à situação que ele teria se não fosse o facto. Isto significa que, definidos os danos de que o facto foi causa adequada, esses danos devem ser tomados em conta no apuramento da situação hipotética actual.

Aqui chegados, concluímos, que o expedidor deve ser indemnizado do dano resultante da não expedição culposa da proposta para o concurso público – lucro que obteria caso ganhasse o concurso ou, pelo menos, a percentagem de lucro correspondente à chance que a expedidora tinha de ganhar, tendo em conta o número de propostas apresentadas ou, caso se faça uma apreciação de mérito das demais propostas, da probabilidade que tinha de vencer o concurso.