

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil

JURISDIÇÃO CIVIL

OUTUBRO 2018

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ


Capa

Edifício do CEJ

Foto

Victor Pimenta





A matéria da responsabilidade civil transporta consigo um manancial de questões que não só se renovam como ganham novas dimensões à medida que a realidade social e cultural vai evoluindo.

O Centro de Estudos Judiciários tem procurado acompanhar os novos olhares que a Doutrina e a Jurisprudência portuguesas têm lançado sobre a temática e o presente e-book vem trazer à luz as reflexões que personalidades da Academia e da Judicatura como Filipe Albuquerque Matos, Mafalda Miranda Barbosa, Patrícia Costa, Síndico Monteiro, João Bernardo, Henrique Sousa Antunes e Rute Teixeira Pedro, produziram em acções de formação e que, agora, podem por todos ser lidas, consultadas e aproveitadas.

A qualidade excepcional destes textos leva a que possamos considerar que se tratará de uma publicação de referência.

Este o serviço público que o CEJ procura prestar não apenas aos iniciais destinatários da sua actividade (juizes/as e magistrados/as do Ministério Público), mas a toda a Comunidade Jurídica.

O que se faz no CEJ tem de ser visível e por todos aproveitado!

(ETL)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Novos olhares sobre a Responsabilidade Civil

Jurisdição Civil:

Estrela Chaby (Juíza de Direito e Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição*)

Ana Rita Pecorelli (Procuradora da República e Docente do CEJ)

Patrícia Helena Costa (Juíza de Direito e Docente do CEJ*)

Emília Melo e Castro (Juíza de Direito e Docente do CEJ*)

Elisabete Assunção (Juíza de Direito e Docente do CEJ*)

Carlos Fraga Figueiredo (Procurador da República e Docente do CEJ*)

Gabriela Cunha Rodrigues (Juíza Desembargadora, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição) **

Laurinda Gemas (Juíza Desembargadora e Docente do CEJ) **

Margarida Paz (Procuradora da República e Docente do CEJ) **

*Desde setembro de 2018

** Até setembro de 2018

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2017/2018

“Temas de Direito Civil e Processual Civil” – 19 e 26 de janeiro ([programa](#))

Conceção e organização:

Margarida Paz

Gabriela Cunha Rodrigues

Patrícia Costa

Intervenientes:

Filipe Albuquerque Matos (Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Mafalda Miranda Barbosa (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra)

Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa (Juíza de Direito / Docente do Centro de Estudos Judiciário)

Jorge Sinde Monteiro (Professor Catedrático Jubilado da FDUC | Diretor do 2.º Ciclo de Estudos da FDCP da ULP)

João Bernardo (Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça)

Henrique Sousa Antunes (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa)

Rute Teixeira Pedro (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e investigadora do CIJE – Centro de Investigação jurídico-Económica da mesma Faculdade)

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Paulo Rainho – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 16/10/2018	

Novos olhares sobre a Responsabilidade Civil

Índice

1. Ilícitude Extracontratual (Umas Breves Notas) Filipe Albuquerque Matos	9
2. Do nexo de causalidade ao nexo de imputação Mafalda Miranda Barbosa	39
3. Causalidade alternativa e a jurisprudência dos tribunais superiores – ou “três caçadores entram num bar...” Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa	81
4. Os danos puramente patrimoniais - a propósito do caso ACP v. Casa da Música / Porto 2001, SA Jorge Sinde Monteiro	125
5. O Dano Biológico: sua quantificação na vertente patrimonial e diferenciação relativamente ao dano não patrimonial João Bernardo	151
6. Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil extracontratual Henrique Sousa Antunes	169
7. Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência Rute Teixeira Pedro	183

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1.
Ilicitude
Extracontratual
(umas breves notas)

Filipe Albuquerque Matos



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

ILICITUDE EXTRA CONTRATUAL (UMAS BREVES NOTAS)

Filipe Albuquerque Matos*

1. O modelo de ilicitude acolhido pelo legislador.
 2. Ilicitude do resultado e ilicitude da conduta.
 3. Os tipos especiais de ilícitos previstos nos arts.º 484.º, 485.º e 486.º.
 - 3.1 Responsabilidade por ofensa ao bom nome ou ao crédito: o art.º 484.º.
 - 3.2. Colisão entre a Liberdade de Expressão e o Direito ao Bom Nome - estranha posição do Supremo Tribunal de Justiça.
 - 3.3. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações: o art.º 485.º.
 - 3.4. Responsabilidade por omissões: art.º 486.º.
- Vídeos da apresentação.

1. O modelo de ilicitude acolhido pelo legislador

Neste estudo em torno da ilicitude extracontratual constitui nosso propósito proceder não apenas a uma análise acerca do modelo acolhido pelo legislador no art. 483.º, n.º 1, como ainda dar uma particular atenção às novas tendências ou abordagens em torno deste pressuposto da responsabilidade civil. Não escapará também à nossa análise crítica uma referência especial às modalidades de ilícito previstas nos três artigos imediatamente subsequente aqueloutro atrás mencionado onde constam os dois tipos fundamentais de ilicitude:

- a) A violação de direitos de outrem;
- b) A violação de disposição legal destinada à protecção de interesses alheios.

Contudo, a ilicitude no universo extracontratual conhece ainda uma outra modalidade – o abuso do direito –, que não se encontra, no entanto, prevista no art. 483.º, n.º 1, mas antes no âmbito das regras gerais (art. 334.º).

Em traços muito genéricos ficaram enunciadas as modalidades da ilicitude, cumprindo, agora, densificar estas indicações vagas, tentando assim esclarecer em que consistem as ditas categorias fundamentais – direitos de outrem – e normas legais destinadas a proteger interesses alheios.

Ora, relativamente à fórmula direitos de outrem, somos de opinião que estão apenas em causa os direitos absolutos (direitos reais e direitos de personalidade), não sufragando nós a admissibilidade da tutela delitual dos direitos de crédito.

Com efeito, na senda do pensamento de Vaz Serra exposto no art. do anteprojecto¹ a responsabilização de terceiro por violação de direitos de crédito, apenas se revela admissível

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

quando a respectiva conduta consubstanciar um abuso do Direito, ou seja, quando a mesma possa considerar-se integrada no âmbito do art. 334.º.

No âmbito das relações creditórias, atenta a respectiva eficácia meramente relativa ou interpartes, poder-se-á sustentar que nas hipóteses de violação do direito do credor, este apenas pode deduzir o pedido indemnizatório à contraparte, ou seja, ao devedor.

Já ao invés, o universo extracontratual coincide com o espaço ocupado pelos danos surgidos na teia das relações humanas caracterizadas pela nota de anonimato, ou seja, abrange aquelas situações em que o titular do direito o pode fazer valer em relação a todos os membros da comunidade jurídica, não existindo qualquer vínculo prévio específico que ligasse o lesante ao lesado.

Até ao momento da prática do facto ilícito, lesante e lesado eram estranhos no mundo do Direito.

Desta feita, revelam-se diversas as lógicas subjacentes ao ilícito contratual e à responsabilidade extracontratual. Enquanto no âmbito contratual prevalece uma nota de colaboração, já no plano delitual pontifica antes a característica do anonimato².

Porém, a fórmula ampla e inócua utilizada pelo legislador no art. 483.º, n.º 1, para identificar a primeira variante da ilicitude – violação dos direitos de outrem –, tem suscitado dúvidas na doutrina sobre a questão de saber se não se revelará admissível a tutela delitual dos direitos de crédito. Apesar de respondermos negativamente a uma tal interrogação, pelas razões atrás expostas, certo é que podemos descortinar quem defenda uma tal solução³.

Debruçando-nos agora sobre a segunda variante da ilicitude – violação de disposição legal destinada a proteger interesses alheios –, importa sumariamente determinar em que consiste esta realidade, e dar ainda indicação dos requisitos ou pressupostos de que depende a afirmação desta modalidade de ilicitude.

¹ Resultava claramente dos números 2 e 3, art.º 738.º do anteprojeto Vaz Serra, que a violação do Direito de Crédito por parte de terceiros só deve originar uma obrigação de indemnizar quando se puder configurar como um abuso de direito. No mesmo sentido se orienta ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral, I*, Coimbra, 2005, p. 177-178 (o autor pronuncia-se veementemente contra a decisão “pouco feliz” do Supremo Tribunal de Justiça proferida no seu Acórdão de 16 de Junho de 1964, onde se considerou que o direito de preferência nascido de mera convenção entre as partes pode ser exercido contra o terceiro adquirente que tivesse conhecimento da existência do pacto, tendo uma tal decisão sido fundamentalmente sustentada num parecer de Ferrer Correia orientado nessa direcção (vide, RLJ, ano 98.º, p. 355).

² A este propósito, cfr. MONTEIRO, J. SINDE, “Rudimentos de responsabilidade civil”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005, p. 349-351

³ Cfr., CORDEIRO, A. MENEZES, *Direito das Obrigações*, Tomo I, Lisboa, 2001, p. 325-326. Na doutrina italiana, onde a questão da tutela delitual do crédito é amplamente discutida, Castronovo admite a responsabilização de terceiro perante o credor nas hipóteses em que aquele intervém directamente sobre um elemento do substrato da obrigação, impedindo o cumprimento pelo devedor. Em tais hipóteses, mas já não nas situações de terceiro cúmplice, o autor italiano defende a tutela delitual do crédito, Cfr Castronovo, Carlo, *La nuova, Responsabilità Civile/Regola e Metafora*, Milão, 1995, p. 96 e ss.

Em relação à primeira destas questões, cumpre sublinhar que no âmbito da categoria das disposições legais de protecção, não estão apenas em causa disposições legais em sentido técnico, ou seja, actos normativos emanados por órgãos com competência legiferante⁴.

As normas legais a que se reporta o art. 483.º, n.º 1, devem antes ser configuradas como actos normativos, ou seja, enquanto critérios gerais e abstractos, que como tal, se aplicam indiscriminadamente às pessoas e às situações nelas prefiguradas no seu âmbito normativo.

Para além disso, estas normas legais de protecção não têm de ser oriundas do Direito Civil, podendo ser, e normalmente até são, normas de direito público (direito administrativo, penal, fiscal).

No tocante aos interesses alheios alvo de tutela das disposições legais, importa evidenciar que uma tal realidade não se traduz em direitos subjectivos, consubstanciando-se antes como interesses dos particulares dignos de protecção jurídica, não correspondendo aos mesmos o epíteto de autênticos poderes de exigir.

Condição fundamental para afirmar a existência de uma norma legal de protecção reside na circunstância de o legislador ter prefigurado a tutela dos interesses privados de modo directo e imediato. Sendo as normas legais de protecção maioritariamente normas de direito público, não basta que os interesses dos particulares sejam protegidos de modo reflexo ou mediato face ao interesse público, ou da colectividade que surge naturalmente protegido a título principal.

Com efeito, não podem as normas constitucionais atinentes à organização do poder político serem classificadas como normas legais de protecção, apesar de todos os particulares (mais rigorosamente, todos os cidadãos) beneficiarem de uma correcta ordenação e articulação entre tais poderes. Exige-se antes que o legislador quando elabora a norma tenha em vista propositadamente acautelar a protecção dos interesses dos particulares, tal como sucede com a norma que impõe a vacinação obrigatória⁵.

Procedida à caracterização, em termos muito vagos e genéricos, das normas legais de protecção, cumpre fazer uma referência, conquanto também de forma sumária, aos requisitos ou pressupostos necessários para a emergência desta segunda variante de ilicitude. Seguindo,

⁴ A categoria, disposição ou norma legal de protecção não está necessariamente confinada às leis, decretos-leis ou decretos legislativos regionais, podendo também incluir-se neste universo os regulamentos e as portarias, sendo que a maioria das disposições legais de protecção corresponde a este tipo de normas administrativas. Cfr., a este propósito, MONTEIRO, J. SINDE, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, 1989, p. 245 e ss., FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Uma "terceira via" no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação de danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, 1997, p. 41, LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Coimbra, 2009, pp. 468-469 (especialmente nota 1246).

⁵ Para além deste tipo de norma, no âmbito das normas legais de protecção devem incluir-se, a título meramente exemplificativo, as regras administrativas destinadas a disciplinar condições de higiene e segurança no trabalho, ou de regulamentos respeitantes a questões de qualidade alimentar, cfr., a este propósito, VARELA, J. ANTUNES, *Das obrigações.... I, ob. cit.*, pp. 538-539.

no essencial, a lição de Antunes Varela⁶, colocam-se em destaque três exigências fundamentais para o surgimento deste tipo de ilícito:

- a) Delimitação, por via interpretativa, do círculo de interesses particulares protegidos pela norma legal;
- b) Necessidade de à violação dos interesses particulares corresponder o não acatamento de uma norma legal;
- c) Exigibilidade do dano recair no círculo de interesses protegidos pela norma legal.

De entre todos os pressupostos mencionados, este último revela-se de mais difícil apuramento, uma vez que a sua verificação contende com exigências de causalidade. Um brevíssimo confronto entre a primeira e a segunda variante da ilicitude permite-nos concluir, sem grandes dificuldades, pela natureza mais específica ou circunscrita da modalidade do ilícito extracontratual consubstanciada na violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios.

Como já deixámos mencionado no início desta exposição, a ilicitude extracontratual não fica circunscrita às duas variantes expressamente enunciadas na primeira parte do art.º 483.º, n.º 1, sendo ainda de convocar a disposição contida na parte geral do Código Civil que constitui a última *ratio* de sindicância da ilicitude – o abuso do Direito consagrado no art.º 334.º.

Apesar da conformação do âmbito do instituto do abuso do Direito ser delineada através de três categorias de exigências regulativas – a Boa-fé, os Bons Costumes e o Fim social ou Económico do Direito, certo é que no contexto extracontratual assumem uma particular relevância o papel desempenhado pelo Bons-Costumes. Com efeito, o grau de interferência da Boa-fé no universo específico que é objecto de análise revela-se particularmente limitado, porquanto a intervenção deste princípio fundamental apenas é convocada no âmbito das relações de interferência intersubjectiva, que naturalmente, coenvolvem relações específicas entre as partes. Basta ter em conta os dois preceitos fundamentais onde se encontra prevista a relevância regulativa do Princípio da Boa-fé – art. 227.º e 762.º, n.º 2 –, nos quais se prevê, respectivamente, a sua intervenção na fase pré-contratual⁷ e no domínio da execução

⁶ Cfr., neste sentido, VARELA, J. ANTUNES, *Das Obrigações... I*, ob. cit., p. 539 ss.

⁷ A propósito das hipóteses de violação das exigências da Boa-fé na fase pré-contratual, integráveis no âmbito da responsabilidade pré-contratual ou da *culpa in contrahendo* (art. 227.º), suscitam-se, porém, particulares dificuldades de enquadramento do instituto, havendo quem defenda a sua natureza contratual, enquanto outros autores propendem para convocar o instituto da responsabilidade extracontratual. Quem defende a natureza contratual da *culpa in contrahendo*, destaca a circunstância de no âmbito das negociações contratuais se verificar uma situação de proximidade entre as partes muito semelhante à ocorrida no plano das relações contratuais. Neste sentido, cfr. CORDEIRO, A. MENEZES, “Neutralidade do saneamento financeiro: os deveres de viabilização da empresa e a autonomia privada”, in *Banca, Bolsa e Crédito (Estudos de Direito Comercial e de Direito da Economia)*, Coimbra, 1990, p. 99. Ao invés, os defensores do enquadramento da responsabilidade pré-contratual no âmbito do ilícito extracontratual consideram que não há razão para fazer aqui apelo a outras exigências regulativas que não sejam as do *neaminen laedere*, exigências essas que se reconduzem ao mínimo imprescindível à boa convivência social, cfr., a este propósito, COSTA, M. JÚLIO ALMEIDA, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato* (reimp.), Coimbra, pp. 89 ss. Podemos ainda identificar na doutrina posições que consideram que a responsabilidade pré-contratual reveste, tanto características obrigacionais quanto atributos próprios do universo

contratual, para confirmarmos que o seu horizonte normativo é precisamente o das relações de interferência intersubjectiva⁸.

Após esta breve abordagem em torno das características fundamentais das várias modalidades da ilicitude extracontratual, cumpre agora enquadrar a opção legislativa portuguesa adoptada nesta sede no âmbito dos grandes modelos ou paradigmas de ilicitude acolhidos em várias experiências juspositivas de direito comparado.

Uma análise comparativa de vários ordenamentos jurídicos, no tocante às soluções por si adoptadas em matéria delitual, permite-nos identificar, em termos muito sumários e esquemáticos, uma *summa divisio* consubstanciada em modelos assentes num princípio da tipicidade, por um lado, e sistemas baseados numa ideia de atipicidade, por outro lado.

Todo e qualquer sistema dominado pela tipicidade é susceptível de oferecer resultados significativamente mais seguros, mas ao invés é de molde também a provocar maiores entraves à busca de soluções concretamente adequadas e mais justas⁹, e no caso de sistemas atípicos de definição de ilicitude suscitam-se dificuldades acrescidas numa correcta distribuição dos danos¹⁰ sofridos no contacto social.

Apesar dos modelos de ilicitude adoptados pelos legisladores dos mais diversos ordenamentos jurídicos não se apresentarem em estado puro, certo é que sempre se poderá afirmar uma manifesta tendência para a consagração da solução da atipicidade no âmbito dos sistemas da *Comon Law* (Inglaterra e E.U.A.), e constatar, por outro lado, uma maior presença dos sistemas de atipicidade no contexto dos ordenamentos continentais, tal como sucede nos direitos positivos Francês, Italiano e Espanhol.

Exemplo paradigmático de atipicidade a propósito da delimitação de ilicitude manifesta-se, sem margem para dúvidas, no Direito Francês, centrado em torno da categoria ampla da *faute*, suscitando-se, a esse propósito, particulares dificuldades em deslindar se nessa sede apenas

delitual, cfr. FRADA, MANUEL CARNEIRO, *Teoria da Confiança...*, *ob cit.*, p. 99 e ss (especialmente nota 77), *Uma "terceira via"...*, *ob cit.*, p. 95 ss., VARELA, J. ANTUNES, *Das Obrigações... I*, *ob cit.*, pp. 271-272.

⁸ Destacando claramente o campo da intervenção intersubjectiva como universo privilegiado da actuação do princípio da boa-fé, cfr. MONTEIRO, J. SINDE, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, 1989, p. 549, CORDEIRO, A. MENEZES, *Da boa-fé no Direito Civil*, I vol., Coimbra, 1984, pp. 645-648.

⁹ Cfr., neste sentido, OLIVEIRA, NUNO PINTO, "Sobre o conceito da ilicitude do art. 483.º do Código Civil", in *Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo*, Braga, 2002, pp. 523-524.

¹⁰ Veja-se, quanto se verifica a propósito do princípio da tipicidade dos direitos reais plasmado no art. 1306.º, e os obstáculos por ele suscitado em matéria de direitos reais de garantia a propósito de uma maior eficácia na execução das garantias, que é manifestamente reclamada pelas exigências de *praxis* jurídico-mercantil, e de um modo particular no âmbito da actividade bancária. Para além disso, a descredibilização do sistema tradicional das garantias resulta ainda da proliferação de garantias ocultas, por via de legislação avulsa, bem como de certas disposições do Código de 66, entre as quais se destaca o n.º 2 do art. 759.º, cfr., sobre esta matéria, MENDES, ARMINDO RIBEIRO, "O processo executivo e a economia", in *Sub Iudice – Justiça e Sociedade*, n.º 2, Jun/Abr., 1992, p. 51 ss., MADALENO, CLÁUDIA, *A vulnerabilidade das garantias reais – a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito ao arrendamento*, Coimbra, 2008, p. 186. Em virtude dos múltiplos factores atrás invocados, justificativos da existência de uma crise significativa do sistema tradicional de garantias reais, há quem na doutrina anteveja um naufrágio ou desmoronamento do mesmo sistema, *vide*, neste sentido, SIMLER, PHILIPPE, *Rapport de synthese*, in "Les garanties de financement (Journées portugaises)", *Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, tome XLVII, Paris, 1996, p. 30.

estará em causa o requisito de ilicitude ou, se não se colocarem de permoio também questões nucleares atinentes ao pressuposto da culpa.

Importa, no entanto, esclarecer que as opções legislativas dos ordenamentos continentais em matéria de ilicitude não oscilam unicamente entre sistemas marcados predominantemente pelas ideias da tipicidade e da atipicidade. Uma análise meramente superficial dos direitos positivos português (art.º 483.º, n.º 1) e alemão (§823I), permite-nos efectivamente concluir que nos encontramos em face de sistemas intermédios, ou perante zonas cinzentas no tocante à delimitação do pressuposto de ilicitude extracontratual.

Convocando aqui as nossas considerações iniciais em torno das duas modalidades de ilicitude plasmadas na primeira norma do Código Civil Português dedicada à responsabilidade civil delitual, podemos constatar, sem margem para dúvidas, que a fórmula ampla da “violação dos direitos de outrem” se encontra nos antípodas de um modelo de tipicidade. De igual modo, quanto à segunda variante da ilicitude – violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios, torna-se necessário o auxílio de contributos dogmáticos para definir o respectivo âmbito.

Contudo, o carácter aberto e amplo da formulação vertida no n.º 1 do art.º 483.º fica bastante aquém do nível de indeterminação coenvolvida na categoria francesa da *faute*, ou da fórmula italiana do *dano ingiusto* (art.º 2043.º do Codice Civile).

Razão pela qual, o nosso modelo de ilicitude extracontratual deve ser qualificado como um sistema misto. Como já atrás tivemos ocasião de sublinhar, um tal atributo aproxima o regime consagrado no art.º 483.º, n.º 1, do previsto no Código Civil germânico no §823I. Porém, uma tal conclusão não nos permite, de modo algum, sustentar uma perfeita identidade dos dois paradigmas de ilicitude acolhidos nos respectivos ordenamentos. Uma análise mais cuidada do atrás referido preceito do B.G.B., permite, desde logo, identificar uma estrutura próxima da tipicidade relativamente ao modo como aí surge delineado a primeira variante de ilicitude.

Na verdade, para além da violação dos direitos reais (direito de propriedade), o legislador alemão procedeu a uma enumeração dos direitos de personalidade cuja violação determinam a emergência do ilícito: vida, saúde, integridade física e liberdade¹¹.

Porém, a referência legislativa a um *outro direito específico*, acaba, afinal, por distanciar o §823I do B.G.B. dos sistemas onde a ilicitude surge definida em termos típicos, razão pela qual o modelo germânico possa ser também qualificado de misto.

¹¹ O artigo 483.º, n.º 1, reporta-se genericamente à violação dos direitos de outrem, e por direitos de outrem tem entendido a doutrina e a jurisprudência dominantes que estão em causa direitos absolutos, no âmbito de cuja categoria se incluem genericamente todos os direitos de personalidade. Porém, nos trabalhos preparatórios procedia-se a uma enumeração de vários direitos de personalidade no § primeiro do art. 732.º do Anteprojecto Vaz Serra (cfr., último do Ministério da Justiça, n.º1, 1960, p. 112 e ss.). Esta necessidade de indicar os direitos de personalidade cuja violação determina a existência de ilícito, decorria fundamentalmente de um certo ambiente doutrinário reinante à época de renitência à aceitação da qualidade de direitos subjectivos aos direitos de personalidade, cfr., Moncada, Cabral da, Lições de Direito Civil, Parte geral, 3.ª Edição (1959), p.74-75, e na 4.ª Edição, póstuma, 1995, p. 73-74.

Não temos então dúvidas em afirmar que apesar dos ordenamentos jurídicos português e germânico serem considerados como sistema intermédios ou mistos, certo é, no entanto, que os mesmos patenteiam traços diversos, revelando-se, em termos comparativos, a opção legislativa portuguesa mais ampla que a consagrada pelo direito civil germânico em sede de delimitação de ilicitude.

Reportando-nos agora à última *ratio* de sindicância da ilicitude – o abuso do Direito¹² – consagrado no art.º 334.º, também o confronto com a figura análoga do Direito Alemão – a causação dolosa contra os bons costumes (§826.º do B.G.B.) – nos releva diferenças manifestas. Por um lado, no âmbito do abuso do Direito, os parâmetros norteadores do conteúdo deste instituto reconduzem-se às categorias da Boa-fé, dos bons costumes e do fim económico-social do Direito, enquanto a propósito do §826 do B.G.B. apenas se discute e afere a conformidade da conduta do agente com os bons-costumes. Por outro lado, enquanto em sede de abuso do Direito não é pressuposto para a responsabilização do agente a ocorrência de uma conduta dolosa¹³, já no âmbito normativo do §826 do B.G.B. exige-se necessariamente o dolo do lesante.

Em termos comparativos, podemos assim constatar que a solução portuguesa é mais ampla quer quanto ao seu âmbito objectivo, quer em relação à respectiva dimensão subjectiva.

Este confronto sumário entre os traços caracterizadores do modelo de ilicitude adoptado pelos legisladores português e alemão, permite-nos concluir que apesar de ambos se poderem integrar no âmbito dos comumente designados sistemas mistos ou híbridos, certo é, no entanto, que se detectam particulares e relevantes diferenças entre ambos¹⁴

2. Ilicitude do resultado e ilicitude da conduta

Tradicionalmente a ilicitude e a culpa configuravam-se, sem margem para hesitações, como pressupostos distintos da responsabilidade delitual.

Reportando-se ambos os pressupostos em análise ao facto voluntário do agente¹⁵, ou seja ao comportamento (acção ou omissão) dominável ou controlável pela vontade humana, a

¹² Na doutrina nacional, era deste modo que Orlando Carvalho caracterizava o instituto do abuso do Direito, cfr., a este propósito, CARVALHO, ORLANDO DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2012, p. 117 ss.

¹³ Como a propósito do confronto entre o Direito positivo português e o sistema germânico sugestivamente considera Sinde Monteiro: “Não estamos – ou em alguma medida não temos de estar – à partida sujeitos aos mesmos constrangimentos dos juristas alemães, perante hipóteses em que não existe violação de direitos absolutos nem de uma disposição, imposta pela consciência jurídica, esbarra com o garrote da exigência de dolo”, cfr., MONTEIRO, J. SINDE, *Responsabilidade por conselhos...*, ob. cit., p. 181.

¹⁴ Cfr., a este propósito, OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Sobre o conceito...*, ob. cit., p. 524 ss.

¹⁵ Segundo um certo entendimento doutrinal, não se deve atribuir relevância autónoma ao facto enquanto pressuposto da responsabilidade civil. Nesta perspectiva, o facto traduz-se tão somente num “Esquisso Pressupponente”, ou numa “base (ontológica) de incidência dos demais pressupostos”. Radicando a essência do facto voluntário numa ideia de dominialidade, então torna-se inevitável apelar à ideia de liberdade do agente actuar de outra forma, e assim sendo susceptível de ser subsumida pelo pressuposto da ilicitude. Cfr., neste sentido, MARTINS, JOSÉ MARQUES, *Prova dos pressupostos judiciais na responsabilidade aquiliana*, Cascais, 2017, p. 41 ss. Concordando com a natureza jurídica que anda necessariamente associada ao facto voluntário – a ideia de dominialidade, não podemos, contudo, aceitar a recusa de autonomia a este pressuposto. Torna-se, na verdade,

verdade é que segundo esta orientação, a ilicitude se consubstancia numa contrariedade objectiva do comportamento do agente face aos ditames da ordem jurídica, e a culpa configura-se como uma censurabilidade subjectiva, ou seja, enquanto um juízo de censura ao lesante, porque *podia* e *devia* ter actuado de modo diverso. Aliás, esta dimensão subjectiva da culpa é responsável pela frequente atribuição à responsabilidade extra-contratual por factos ilícitos do epíteto de responsabilidade subjectiva¹⁶.

Revelando-se pacífica a cisão entre a ilicitude e a culpa, ao lesado cabia apenas efectuar a prova da ocorrência do dano, ou seja, do facto danoso, para se presumir a ilicitude, cabendo, então ao agente demonstrar a existência de uma causa de justificação da ilicitude, para se eximir da obrigação de indemnizar¹⁷.

Um tal modo de conceber a ilicitude permite alcançar uma maior segurança ou certeza na determinação da existência deste requisito da responsabilidade civil, correspondendo à comumente designada *ilicitude do resultado*.

Importa sublinhar que tais considerações revelam-se particularmente pertinentes quando estiverem em causa direitos subjectivos com um âmbito suficientemente delimitado, tal como sucede com a generalidade dos direitos reais e dos direitos de personalidade.

Porém, a esta orientação normalmente qualificada como tradicional ou clássica, em virtude de durante muito tempo não ter sido alvo de contestação, tem-se contraposto uma outra, de acordo com a qual a afirmação da existência da ilicitude pressupõe uma necessária consideração que o comportamento do agente violou um dever, revelando-se-lhe exigível a adopção de outro comportamento. Como se pode ler no Acórdão da Relação do Porto de 11 de Setembro de 2012: “A ilicitude envolve sempre “um juízo de reprovação: não se fez, podendo fazer-se, aquilo que se deveria ter feito”¹⁸.

Bem vistas as coisas, um tal entendimento permite identificar na ilicitude uma matriz ou dimensão subjectiva, revelando-se particularmente importante apurar do acatamento pelo agente dos deveres objectivos de cuidado.

Assim sendo, não se regista assim no âmbito desta orientação comumente designada por *ilicitude da conduta*, a clássica cisão entre os pressupostos da ilicitude e da culpa, podendo antes detectar-se dimensões do requisito da culpa no contexto da delimitação do ilícito.

necessário identificar a existência de um comportamento voluntário do agente, ao qual se reportam os outros pressupostos, especialmente os da ilicitude e da culpa, que com aquele têm de dialogar.

¹⁶ Cfr., VARELA, J. ANTUNES, *Das Obrigações... I*, ob. cit., p. 523.

¹⁷ A esta conclusão nos conduzem os estudos de Vaz Serra (SERRA, A. VAZ, “Requisitos da responsabilidade civil”, in *B.M.J.*, n.º 92, 1960, p. 135). Na verdade, este autor sufragava a consagração legal da teoria da ilicitude do resultado, cfr., ainda o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por ...*, ob. cit., p. 181

¹⁸ A propósito da caracterização da ilicitude da conduta e o seu confronto com a ilicitude do resultado, cfr. BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Lições de responsabilidade civil*, Cascais, 2017, p. 203 e ss.

Em abono deste modo de conceber o requisito da ilicitude, poderá invocar-se a sua permeabilidade a considerações de justiça, permitindo assim uma ordenação ou distribuição mais justa¹⁹ dos prejuízos ocorridos no contacto social.

A compreensão do requisito da ilicitude, de acordo com este entendimento centra-se então na ideia de lesão ou perigo de lesão em virtude da adopção pelo agente de condutas contrárias aos comandos do ordenamento jurídico, enquanto, para a perspectiva que prefigura a ilicitude como ilicitude do resultado, a afirmação da existência deste requisito depende tão somente da conduta do agente se revelar causalmente adequada à produção dos danos.

Relativamente às acções dolosas, as diferenças entre as doutrinas da ilicitude da conduta e da ilicitude do resultado praticamente se esbatem, uma vez que, salvo havendo alguma causa de justificação do ilícito, o agente ao agredir ou ao colocar intencionalmente em perigo bens ou interesses juridicamente protegidos actua ilicitamente²⁰.

Já no tocante, às acções negligentes, a opção por uma das orientações em detrimento da outra, conduz a soluções diversas. Na verdade, se tivermos em conta as orientações da teoria da ilicitude do resultado, uma vez demonstrado o resultado lesivo, passa a admitir-se a existência do facto ilícito. Porém, na óptica da ilicitude como ilicitude da conduta, para se verificar a ocorrência deste pressuposto da responsabilidade civil afigura-se necessário apurar se o agente violou os deveres de diligência ou de cuidado que lhe eram exigíveis.

Desta feita, de acordo com uma tal orientação, no âmbito da ilicitude acabam por já serem levadas em linha de conta considerações atinentes à culpa.

Um outro domínio onde as diferenças a propósito da tarefa de determinação da existência do ilícito se esbatem é o universo dos direitos consagrados através de cláusulas gerais ou cláusulas indeterminadas, impondo-se nesta sede referir como exemplo paradigmático o direito geral de personalidade acolhido no art.º 70.º.

Com efeito, o tipo de ilícito decorrente da violação deste direito apresenta contornos pouco precisos, uma vez que nos encontramos em face de um Direito-Quadro – Rahmenrecht –, tornando-se neste contexto necessário levar a cabo uma ponderação casuística, sopesando, por um lado, os interesses ou direitos do lesado atingidos, e os interesses ou valores prosseguidos pelo agente com a sua actuação, por outro, para se poder concluir pela existência de ilícito.

Idênticas considerações, embora com menor grau de intensidade, podem ser tecidas relativamente ao ilícito por ofensa ao bom nome e ao crédito (art.º 484.º), no âmbito do qual se encontrando latente uma colisão de direitos entre a liberdade de informação e o direito ao bom nome e ao crédito²¹, tornando-se então necessário ponderar uma multiplicidade de

¹⁹ Neste sentido, cfr. OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Sobre o conceito de...*, ob. cit., p. 524

²⁰ Cfr., a este propósito, OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Sobre o conceito de...*, ob. cit., p. 529.

²¹ Cfr., a este propósito, o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por...*, ob. cit., p. 9 e ss.

factores ou circunstâncias ligadas, quer à actuação do agente, quer à posição do lesado, com vista de definir a existência e os contornos do respectivo ilícito.

Nestas hipóteses, a amplitude ou indeterminação do âmbito do direito, cuja violação gera o ilícito, torna a metodologia seguida para a respectiva determinação perfeitamente idêntica, quer nos encontremos situados no âmbito da doutrina que sufraga a ilicitude do resultado, quer estejamos colocados sob influência dos cânones da ilicitude da conduta²².

Importa sublinhar que entre os argumentos integrantes do clássico coro de críticas dirigido à doutrina da ilicitude do resultado, um dos mais fortes e incisivos se reconduz à ideia de permitir com extrema facilidade afirmar a ilicitude da actuação do agente, mesmo quando o resultado danosos contrários ao direito tenha decorrido de uma actividade socialmente útil e plenamente conforme com os ditames da ordem jurídica²³.

Aparentemente forte e incisivo, um tal argumento não tem o peso e a relevância que à partida se lhe poderia associar. Na verdade, a circunstância de se concluir com maior facilidade pela existência do ilícito, não se permitirá daí inferir necessariamente o surgimento de uma obrigação de indemnizar a cargo do agente.

Com efeito, para além da averiguação do requisito subjectivo da culpa²⁴, torna-se imprescindível verificar se o requisito da causalidade se encontra preenchido. Não basta afirmar genericamente que a acção será ilícita para a doutrina da ilicitude do resultado, se a mesma não se revele de todo inadequada à produção dos danos²⁵, conquanto se manifeste particularmente longínqua.

Na verdade, tais considerações genéricas em sede de causalidade não se manifestam decisivas na aferição do requisito da ilicitude, sendo antes em sede específica do requisito do nexo de causalidade entre o facto e o dano que devem ser mobilizados os contributos dogmáticos e jurisprudenciais sobre esta matéria.

Ora, em matéria de nexo de causalidade entre o facto e os danos, quando a doutrina acolhida seja a da causalidade adequada²⁶, o grau de probabilidade mínima do facto para a produção do resultado danoso apenas constitui critério regulativo no âmbito da responsabilidade civil por factos ilícitos. Com efeito, se nos encontrarmos situados no universo da responsabilidade objectiva já se exige uma proximidade maior entre o facto e o dano, em virtude que se impõe aqui um grau de probabilidade máxima.

²² A este propósito, o nosso estudo, *Responsabilidade civil por...*, *ob. cit.*, pp. 77-78, cfr., ESSER-JOSEF, SCHMIDT-EIKE, *Schuldrecht*, vol. I (Allgemeiner teil)(Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen), 8.ª ed., Heidelberg, 1995, p. 139, OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Sobre o conceito de...*, *ob. cit.*, p. 531.

²³ Cfr., a este propósito, LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das Obrigações*, I, 14.ª edição, Coimbra, p. 283, OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Sobre o conceito de...*, *ob. cit.*, p. 534.

²⁴ Obviamente quando estiverem em causa hipóteses de responsabilidade subjectiva, pois se, ao invés, as situações se integrarem no âmbito da responsabilidade objectiva, já não se torna necessário aferir da existência de culpa para o surgimento da responsabilidade.

²⁵ Cfr., a este propósito, OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Sobre o conceito de...*, *ob. cit.*, pp. 533-534 – o autor reportava-se à crítica de Larenz à responsabilização excessiva a que poderia conduzir os ensinamentos da ilicitude do resultado.

²⁶ Cfr., VARELA, J. ANTUNES, *Das Obrigações... I*, *ob. cit.*, pp. 893-894

Situando-nos, porém, apenas no universo da responsabilidade subjectiva²⁷, que constitui o horizonte para o qual nos remete a nossa investigação, não basta apenas ter em conta o critério prévio da probabilidade mínima da potencialidade danosa do facto, uma vez que algumas fragilidades patenteadas pela doutrina da causalidade adequada apenas podem ser supridas na medida em que sejam convocados certos critérios complementares²⁸.

Todas estas considerações conduzem-nos a sufragar a perspectiva clássica, de acordo com a qual a ilicitude se reconduz unicamente a uma desconformidade objectiva entre a conduta do agente com os imperativos do ordenamento jurídico, remetendo-se a questão da censurabilidade subjectiva para o requisito da culpa, e a problemática da proximidade do facto relativamente ao resultado danoso para o universo da causalidade.

Importa ainda sublinhar que esta ampla discussão em torno da caracterização da *summa divisio* ilicitude da conduta / ilicitude do resultado, bem como a opção por um dos termos deste binómio, teve como pano de fundo subjacente todas as considerações atrás expostas, as quais se situam no plano do direito a constituir.

Cumpre agora tomar em consideração a arquitectura do nosso direito positivo, com vista a averiguar qual das perspectivas de ilicitude atrás delineadas, nele encontra respaldo. Uma breve análise ou apreciação em torno dos dados positivos atinentes à ilicitude, permite-nos, desde logo, concluir que a realidade jurídica por si coberta transcende claramente o âmbito ocupado pelo instituto da responsabilidade civil. Paradigmática neste contexto se revela a disciplina fixada no art. 70, n.º 2, a propósito das medidas preventivas e atenuativas em matéria de tutela da personalidade²⁹, bem como o regime contido no art.º 338.º a propósito da legítima defesa enquanto causa de exclusão da ilicitude. Detendo-nos na disciplina estatuída na primeira das normas mencionadas, resulta claro que a aplicação de tais medidas preventivas ou atenuativas de ofensas dirigidas à personalidade humana se revela independente da convocação das regras atinentes à responsabilidade civil: “Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar... – art.º 70.º, n.º 2”.

Razão pela qual, pode perfeitamente desencadear-se a aplicação de tais medidas, mesmo quando o autor das ameaças ou das ofensas à personalidade não tenha actuado culposamente, uma vez que o pressuposto necessário para mobilizar o regime do art.º 70.º, n.º 2, é tão somente a prática de um facto ilícito³⁰. Desta norma não parecem assim resultar dúvidas quanto à cisão dos dois pressupostos de responsabilidade civil: a ilicitude e a culpa.

Idêntica conclusão se retira da análise do art.º 338.º, porquanto a agressão tem como requisitos necessários para o funcionamento do instituto a actualidade e a ilicitude da mesma. Razão pela qual, uma vez preenchidos os requisitos respeitantes à defesa, ou seja, a

²⁷ Com isto não estamos a sustentar, como alguma doutrina vem defendendo, que na responsabilidade objectiva se prescinde do requisito da ilicitude.

²⁸ Cfr., a este propósito, VARELA, J. ANTUNES, *Das Obrigações... I*, ob. cit., p. 894 ss.

²⁹ Acerca destas medidas, cfr., SOUSA, R. CAPELO DE, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995, p. 472 e ss.

³⁰ Cfr., neste sentido, SOUSA, R. CAPELO, *O Direito geral...*, ob. cit., p. 473.

necessidade da reacção e adequação do meio usado³¹, considera-se afastada a ilicitude do comportamento de quem actua em legítima defesa.

Somos assim de opinião que a opção por um dos modelos de ilicitude atrás mencionados e colocados em confronto – ilicitude do resultado *versus* ilicitude da conduta –, não pode revelar-se indiferente aos dados do ordenamento jurídico positivo, e ao modo como em termos genéricos o legislador olha e trata a realidade da ilicitude.

Não obstante esta arquitectura legal, os adeptos da doutrina da ilicitude da conduta propõem que se adoptem posturas diferentes em face desta realidade jurídica, consoante nos encontremos situados perante o instituto da responsabilidade civil, ou em face de outros universos jurídicos onde a ilicitude assume uma particular relevância. De acordo com uma tal perspectiva, dever-se-ia reservar um tratamento para a ilicitude no âmbito da responsabilidade civil conforme com os ensinamentos da *ilicitude da conduta*, e para a configuração da ilicitude noutros universos, já seria de admitir a relevância regulativa da *ilicitude do resultado*.

Uma tal cisão funcional a nível da ilicitude não se nos afigura viável em face dos dados do ordenamento jurídico positivo português e de modo muito especial se atentarmos nos dois preceitos atrás mencionados.

Com efeito, foi propósito do legislador português, dispensar um tratamento unitário e global à ilicitude, configurando-a como uma desconformidade da conduta do agente com os imperativos ou comandos da ordem jurídica. Desta feita, se para além da ocorrência da ilicitude se constatar também que o comportamento do lesante se revela merecedor de censura ético-jurídica, então poder-se-ão suscitar questões de responsabilidade civil e não apenas de medidas integradas no âmbito da tutela preventiva ou atenuativa da personalidade.

De igual modo, se no âmbito do instituto da legítima defesa, quem pretender socorrer-se deste meio de auto-tutela do Direito, não utilizar os meios adequados para efectivar a defesa, ou se exceder³² nas medidas idóneas a que recorre, então além de não conseguir afastar a ilicitude da sua conduta, poderá incorrer ainda em responsabilidade civil, se ficar demonstrado que o agente podia e devia ter actuado de outra maneira.

Podemos assim considerar que se à ilicitude concebida em termos unívocos ou similares para uma multiplicidade de efeitos ou institutos jurídicos, acrescermos a verificação dos demais pressupostos ou requisitos específicos da responsabilidade civil, então poder-se-á fazer apelo ao regime especialmente reservado a este instituto.

³¹ No tocante aos requisitos da legítima defesa, sejam os respeitantes à agressão, sejam os atinentes à defesa, cfr., VARELA, J. ANTUNES, *Das Obrigações...* I, ob. cit., p. 557.

³² Cfr., a este propósito, VARELA, J. ANTUNES, *Das Obrigações...* I, ob. cit., p. 557.

3. Os tipos especiais de ilícitos previstos nos arts.º 484.º, 485.º e 486.º.

Para além da disposição geral em matéria da ilicitude que foi alvo particular da nossa atenção no ponto anterior da exposição, o legislador de 66 dedicou três preceitos a modalidades especiais de ilícitos: o art.º 484.º relativo à responsabilidade por factos ofensivos ao bom nome ou ao crédito, o art.º 485.º respeitante à responsabilidade por recomendações, conselhos ou informações, e o art.º 486.º atinente à responsabilidade por omissões.

Em virtude das características próprias e especiais das realidades abrangidas por estes preceitos normativos, entendeu o legislador dedicar-lhes um tratamento autónomo.

Procederemos de seguida à análise do âmbito normativo dos preceitos acabados de mencionar, sem nunca perder de vista a problemática da articulação entre estes preceitos especiais e o regime geral constante do art.º 483.º, n.º 1. A este propósito, cumpre ponderar da necessidade da consagração destes tipos especiais de ilícito.

Como teremos ocasião de equacionar, coloca-se em causa se teria sido realmente necessário o legislador civil consagrar os ditos tipos especiais de ilícito, em face da existência de uma disciplina geral de ilicitude, com um âmbito particularmente amplo. Na verdade, dúvidas se suscitam sobre se afinal os casos a ser resolvidos no contexto dos arts.º 484.º, 485.º e 486.º já não encontram uma resposta normativa adequada no contexto do regime geral delineado no art.º 483.º, n.º 1.

Uma resposta fundamentada a tais interrogações implica, como tivemos ocasião de referir, uma análise em torno do âmbito normativo dos três preceitos onde se encontram consagradas as modalidades especiais de ilicitude

3.1. Responsabilidade por ofensa ao bom nome ou ao crédito: o art.º 484.º.

A disciplina contida neste preceito tem subjacente um conflito de direitos, a saber, entre a liberdade de expressão, por um lado, e os direitos ao bom nome e ao crédito, por outro.

Procedendo, desde já, a uma brevíssima delimitação do âmbito dos bens jurídicos em confronto, cumpre sublinhar que o alvo da disciplina jurídica contida no art.º 484.º não é a liberdade de expressão em toda a sua amplitude, mas tão somente uma vertente ou dimensão de um tal valor estruturante: a liberdade de informação. Com efeito, o legislador refere-se apenas à divulgação de factos, ficando excluída da esfera regulativa do preceito em análise a difusão de juízos de valor.

Esta destrição entre afirmações de factos e juízos de valor, absolutamente nuclear como condição para a aplicabilidade do art.º 484.º, não facilita propriamente a tarefa do intérprete, uma vez que, não raras vezes, a determinação de quanto constitui afirmação de facto e aquilo que, ao invés, consubstancia um juízo de valor, representa uma autêntica *vexata questio*. Com efeito, saber onde termina o campo da objectividade e neutralidade próprias que caracterizam

a narração dos factos, e onde, por seu turno, começa a margem de criação ou elaboração valorativa³³ inerentes aos juízos de valor, consubstancia uma tarefa particularmente difícil de cumprir.

No fundo, para além de complexa, do ponto de vista das categorias conceptuais para as quais remete, a opção do legislador acaba por fixar um âmbito de aplicação particularmente restrito ao preceito.

Ora, sob este aspecto, poder-se-á legitimamente questionar da utilidade do art.º 484.º, quando é certo que utilizando o critério normativo do art.º 483.º, n.º 1, os lesados nos direitos ao bom nome e ao crédito, conseguem alcançar a respectiva tutela, quer quando os mesmos sejam atingidos por afirmações de facto, quer quando venham a ser lesados por difusão de juízos de valor.

Desta feita, a maior amplitude do art.º 483.º, n.º 1, dispensará uma norma especial com um âmbito particularmente confinado às afirmações ou declarações de facto.

Idênticas dúvidas se podem levantar relativamente a uma outra questão com contornos não expressamente definidos no art.º 484.º: a problemática em torno da aplicabilidade do preceito às afirmações de facto verdadeiras. No silêncio legislativo e não se suscitando quaisquer dificuldades quanto à mobilização do preceito relativamente às declarações de facto falsas, a grande dificuldade cifra-se em saber se nas hipóteses de divulgação de factos verdadeiros o agente poderá ser considerado como responsável. Em causa encontramos-nos perante uma *vexata questio*, pois como bem considera Sinde Monteiro, o “Direito não pode encarar com os mesmos olhos a verdade e a mentira”³⁴.

Uma tal questão tem, de resto, suscitado, desde há muito, uma viva polémica doutrinal, podendo nesta sede descortinar-se autorizadas opiniões, ora no sentido da responsabilização quando estejam em causa factos verdadeiros³⁵, ora na direcção oposta, sufragando-se a exclusão da obrigação de indemnizar quando o agente divulgue um tal tipo de factos, por se entender que nestas situações a ilicitude se encontra excluída³⁶.

Neste xadrez policromado em que se confrontam duas frentes opostas, não deixam de se vislumbrar ainda posições intermédias, em que além do atributo nuclear da verdade das afirmações de facto, se convocam ainda outras notas importantes, entre as quais sobressai a

³³ A propósito desta espinhosa tarefa distintiva entre afirmações de facto e juízos de valor, revela-se sugestivo afirmar que enquanto as primeiras aspiram a uma “presunção de verdade”, as segundas apenas podem pretender alcançar uma “presunção de justeza”, cfr., FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Teoria da confiança...*, ob. cit., p. 609.

³⁴ Cfr., MONTEIRO, J. SINDE, *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil*, Coimbra, 2009, p. 47.

³⁵ Cfr., neste sentido, VARELA, J. ANTUNES, *Das Obrigações...*, ob. cit., pp. 548-549 (especialmente nota 2 da p. 548), o nosso estudo, *Responsabilidade civil por facto...*, ob. cit., pp. 420 e ss. A nível jurisprudencial, vide, Acórdão da Relação de Lisboa de 21-05-1987, *Colectânea de Jurisprudência*, XII, 3, p. 88, Acórdão do S.T.J de 8/03/2007, www.dgsi.pt

³⁶ Cfr., a este propósito, JORGE, FERNANDO PESSOA, “Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1968, p. 310.

relevância do interesse justificativo das notícias divulgadas pelo agente (interesse público, interesse sensacionalista, interesses meramente especulativos...) ³⁷.

Antes de tomarmos posição a favor de uma das orientações em confronto atrás mencionadas, cumpre, sobretudo, colocar em destaque, que quem sufraga a relevância da *exceptio veritatis* atribui uma particular prevalência ao valor da liberdade de informação, e ao invés, quem admita a responsabilização por factos verdadeiros confere uma tutela acrescida aos bens da personalidade, no caso, aos direitos ao bom nome e ao crédito ³⁸.

Uma vez expostas as principais linhas de força norteadoras da discussão em torno da problemática da *exceptio veritatis*, somos de opinião que nas hipóteses de divulgação de factos verdadeiros pode haver lugar à obrigação de indemnizar, uma vez verificados, para além da ilicitude, os outros requisitos da responsabilidade civil. De acordo com o nosso entendimento, para se proceder à delimitação do âmbito do ilícito ao bom nome e ao crédito, torna-se mister convocar as exigências regulativas do princípio da proporcionalidade, quando estiverem em causa situações de divulgação de factos verdadeiros.

Encontrando-nos nestas situações perante autênticos conflitos de direitos, ao invés de quanto sucede nas hipóteses de divulgação de factos manifestamente falsos ³⁹, e tratando-se de direitos de idêntica natureza, nos termos previstos no n.º 1 do art.º 335.º, cumpre nesta sede convocar as exigências axiológicas do princípio da concordância prática.

Como a este propósito nos ensina Capelo de Sousa, a resolução dos conflitos de direitos encontra-se particularmente dependente das concretas circunstâncias do caso ⁴⁰, podendo, em função destas, registar-se uma intensificação ou atenuação das exigências de tutela de um dos direitos em presença, devendo então o intérprete desviar-se de orientações abstractas e previamente prevalecentes a propósito do tipo de conflito em presença.

Sendo certa a premissa já atrás mencionada, de acordo com a qual o Direito não pode tratar da mesma forma a verdade e a mentira, também é igualmente certo, que em nome da divulgação de factos verdadeiros, não pode o agente cometer atropelos e violações manifestas dos direitos de personalidade de outrem.

Tais conclusões são, desde logo, confrontadas pela circunstância de nos encontrarmos perante formas válidas de exercício de dois direitos, a saber, a faculdade de divulgar livremente

³⁷ Cfr., a este propósito, COSTA, MÁRIO JÚLIO, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra, 2009 (o autor reporta-se à protecção de interesses legítimos como condição de relevância da *exceptio veritatis*), LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das Obrigações...*, *ob. cit.*, p. 294.

³⁸ Para uma análise mais desenvolvida sobre esta polémica, cfr., o nosso estudo, *Responsabilidade civil por facto...*, *ob. cit.*, pp. 459-462 (a este propósito colocámos em destaque uma espécie de tutela presuntiva do bom nome e do crédito).

³⁹ Nas hipóteses de divulgação de factos manifestamente falsos, deparamo-nos antes com conflitos aparentes de direitos, sobre esta matéria, cfr., o nosso estudo, *Responsabilidade civil por facto...*, *ob. cit.*, p. 87.

⁴⁰ Cfr., neste sentido, SOUSA, R. CAPELO, *O Direito...*, *ob. cit.*, p. 546-547, *Conflitos entre a Liberdade de Imprensa e a Vida Privada*, ABVNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora (1920-1995), Coimbra, 1998, p. 1138-1139, MARQUES, JOSÉ A. SACADURA GARCIA, *A Tutela geral da Personalidade e o Direito ao Bom nome na Jurisprudência do S.T.J.*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 77*, vol. II, Coimbra, 2006, p. 117-119 (nota 27).

afirmações de facto, por um lado, e os direitos ao crédito ou ao bom nome, por outro. Na tarefa de concordância prática dos direitos em colisão, o juiz tem necessariamente de ponderar, *in casu*, as exigências de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, quando se estiver a debruçar sobre a conduta do agente. Importa, no entanto, considerar que as conclusões sobre tais problemas não podem ser perspectivadas unicamente a partir da óptica do agente, revelando-se antes essencial levar em linha de conta a posição do destinatário, ou seja, do visado com as declarações – o lesado.

Apenas após a ponderação de todas estas múltiplas circunstâncias e da valoração das mesmas à luz das várias facetas da proporcionalidade atrás mencionadas, se pode proferir um juízo acerca da ilicitude da divulgação de factos verdadeiros. Desta feita, na delimitação do ilícito ao bom nome e ao crédito intervém como elemento constitutivo do mesmo o princípio da proporcionalidade, cuja relevância a nível da colisão de direitos é incontestável.

Obviamente que em relação aos factos falsos não se suscitam dúvidas quanto à sua idoneidade para provocar danos nos bens da personalidade do bom nome e do crédito, tal como se manifesta exigível pela redacção do art.º 484.º. Algumas dificuldades podem, porém, suscitar-se quanto à responsabilização do agente pela divulgação de factos não demonstravelmente verdadeiros.

Tendo em conta a indemonstrabilidade da verdade dos factos no momento da sua divulgação, bem como o interesse público a esta associado, parece razoável excluir a responsabilidade do agente, mesmo quando posteriormente se venha apurar o carácter inverídico daqueles. Em abono de um tal entendimento pode invocar-se, como argumento com particular peso, a tutela do valor da liberdade de informação, destacando-se que em certas situações, a responsabilização do agente no contexto em análise, poderá implicar a paralisação de certas diligências ou actividades necessárias ao desenvolvimento de importantes vertentes ou dimensões da liberdade de investigação⁴¹ ou de pensamento.

Por último, importa efectivar, que se encontra fora do âmbito da colisão de direitos liberdade de informação / direitos ao bom nome e ao crédito, a divulgação de factos manifestamente falsos, uma vez que em tais hipóteses encontramos-nos em face de uma colisão aparente de direitos. Na verdade, o agente ao adoptar um tal tipo de conduta está a violar manifestamente os limites impostos pelos bons costumes⁴² a propósito do exercício das faculdades ou poderes ínsitos na liberdade de informação.

Ora, nas situações de divulgação de factos manifestamente falsos, a ilicitude da actuação do agente encontra a sua fundamentação legal no art.º 334.º e já não no art.º 484.º.

⁴¹ Cfr., a este propósito, o nosso estudo, *Responsabilidade civil por facto...*, *ob. cit.*, pp. 463 ss.

⁴² Referimo-nos em texto à violação manifesta das exigências dos bons costumes e não da boa-fé, em virtude da intervenção regulativa deste princípio fundamental do direito ter como alvo da sua actuação as relações de interferência inter-subjectivas, ou seja, relações contratuais ou pré-contratuais. Ora, nas situações previstas no art.º 484.º, estão antes em causa relações de anonimato típicas do universo extra-contratual, razão pela qual o fundamento para o abuso do direito radica aqui na violação dos bons costumes e não no desrespeito das exigências da boa-fé.

Como claramente resultou da exposição precedente, não é líquido, em face da formulação legal do art.º 484.º, que seja admissível a responsabilidade do agente pela divulgação de factos verdadeiros. Razão pela qual, em face da eventual prevalência de uma interpretação restritiva, que circunscreve a obrigação de indemnizar à divulgação de factos falsos, poder-se-á questionar se afinal terá alguma utilidade prática o regime jurídico consagrado no art.º 484.º, quando é certo que pela regra geral da ilicitude contida no artigo imediatamente precedente, tanto a divulgação de factos falsos, quanto a transmissão de factos verdadeiros, são susceptíveis de responsabilizar o agente.

A maior amplitude normativa do art.º 483.º manifesta-se ainda na circunstância do tipo especial de ilicitude previsto no art.º 484.º se reconduzir apenas aos casos de divulgação ou difusão de factos perante terceiros, tal como resulta da seguinte formulação verbal: “Quem afirmar ou *difundir um facto capaz de prejudicar...*”⁴³.

Excluídos do âmbito de aplicação do art.º 484.º encontram-se as afirmações proferidas directa e imediatamente pelo agente aos respectivos destinatários, ou seja aquelas declarações não dirigidas a um público, seja ele mais ou menos restrito.

Ora, um breve confronto com o art.º 483.º, n.º 1, permite-nos constatar que também a propósito deste requisito específico do ilícito ao crédito ou ao bom nome, se pode verificar uma maior abrangência do preceito geral em matéria da ilicitude. Na verdade, no âmbito desta norma legal, podem, integrar-se não apenas as situações de divulgação de factos perante terceiros, quanto os casos de imediata e directa transmissão dos mesmos aos destinatários⁴⁴.

Após este breve itinerário em ordem a proceder a uma delimitação dos âmbitos normativos dos arts.º 483.º, n.º 1, e 484.º, pensamos ser oportuno questionar de novo se a disciplina deste último preceito não deverá ser considerada consumida ou absorvida pelo regime mais amplo contido na regra geral em matéria de responsabilidade civil por factos ilícitos.

Uma resposta adequada a uma tal questão supõe, desde logo, que se proceda à indagação acerca da existência de autênticas especificidades ou particularidades na disciplina do ilícito ao crédito ou ao bom nome, capazes, de afinal, justificar a autonomia do seu tratamento juspositivo, tal como decidiu o legislador português em 66.

Em abono da estatuição de um regime autónomo e específico do ilícito ao crédito ou ao bom nome, poderá invocar-se, desde logo, a maior potencialidade ofensiva das afirmações de facto. Ao invés do universo dos juízos valorativos, onde impera o relativismo axiológico, no âmbito das declarações de facto torna-se necessário averiguar se as mesmas são susceptíveis de ser comprovadas na e pela realidade histórico-social. Não admira assim que as declarações de facto, atenta a sua presunção de verdade, sejam *a priori*, consideradas mais ofensivas dos bens da personalidade dos destinatários por elas visados.

⁴³ O sublinhado é nosso.

⁴⁴ Procedendo a um confronto entre esta norma do Código Civil e as disposições paralelas do Código Penal (art. 180.º e 181.º), podemos constatar que o art.º 483.º, n.º 1, olhado sob uma perspectiva juscriminalista terá um âmbito particularmente extenso, capaz de albergar quer o tipo legal da difamação, quer o tipo legal da injúria.

Para além deste argumento, cujo seu relevo pode, de resto, ser particularmente mitigado, em virtude do art.º 483.º, n.º 1, também garantir uma protecção adequada quando estiverem em causa declarações de facto, poderá ainda invocar-se a necessidade de explicitar a tutela jurídica do crédito.

O direito ao crédito, tal como o direito ao bom nome constituem concretizações da honra, na sua dimensão objectiva, reconduzindo-se, por conseguinte, à ideia matriz de reputação ou prestígio social. Também sob este aspecto, poderá invocar-se que o art.º 484.º não reveste qualquer especificidade, porquanto a regra geral contida no n.º 1 do art.º anterior já garantia a tutela das vertentes objectivas da honra. Aliás, importa sublinhar, que o art.º 483.º, n.º 1, garante igualmente uma maior tutela da honra, quando confrontado com o regime contido no art.º 484.º, uma vez que sob o seu manto se garante a protecção, tanto da vertente objectiva, quanto da vertente subjectiva deste direito quadro⁴⁵.

Representando o direito ao crédito uma representação da honra no sentido objectivo, como já atrás tivemos ocasião de sublinhar, parece não se suscitarem dúvidas quanto à sua qualificação enquanto direito de personalidade. No nosso entendimento não podemos, porém, circunscrever a caracterização do direito ao crédito à ideia de reputação ou prestígio social, pois de outro modo o legislador teria sido, no mínimo prolixo, dispensando uma dupla tutela no art.º 484.º ao mesmo bem jurídico: o bom nome.

Razão pela qual, entendemos que o direito ao crédito, apesar de dever ser caracterizado como um verdadeiro direito de personalidade, possui uma dimensão ou vertente patrimonial autónoma.

Ao identificar uma dimensão patrimonial no direito ao crédito, não estamos unicamente a pensar no reconhecimento da existência de danos patrimoniais ligados às hipóteses de violação deste direito de personalidade.

Na verdade, se fosse esse o entendimento por nós sufragado, não se estaria a identificar nenhum traço distintivo ou específico do direito ao crédito face aos outros direitos de personalidade, uma vez que constitui entendimento pacífico na doutrina que da violação de direitos de personalidade, tanto podem resultar danos não patrimoniais, como danos patrimoniais⁴⁶.

Ao falar-se de uma dimensão ou vertente patrimonial autónoma a propósito do direito ao crédito, estamos a admitir, conquanto em termos manifestamente excepcionais ou residuais, que a um tal direito é susceptível de se associar um montante pecuniário⁴⁷ equivalente.

⁴⁵ A propósito da configuração do direito à honra como um direito quadro, cfr., o nosso estudo, *Responsabilidade civil por facto...*, ob. cit., p. 129 e ss. De igual modo, também Pedro Pais de Vasconcelos considera a honra como um direito referencial, em cujas exigências regulativas se determinam o sentido e o âmbito de outros direitos subjectivos merecedores de tutela aquiliana, cfr., VASCONCELOS, PEDRO PAIS, *Teoria geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra, 2005, p. 60.

⁴⁶ Cfr., o nosso estudo, *Responsabilidade civil por facto...*, ob. cit., p. 581, SOUSA, R, CAPELO, *O Direito geral...*, ob. cit., p. 415.

⁴⁷ Cfr., o nosso estudo, *Responsabilidade civil por facto...*, ob. cit., p.170 e ss.

Não admira assim que tendamos a conceber o direito ao crédito como um direito de personalidade *sui generis*, no âmbito de uma perspectiva monista de compreensão deste tipo de direitos, ou seja, sem necessidade de proceder à distinção dualista, entre direito de crédito pessoal e direito de crédito patrimonial. Ora, esta idiosincrasia do direito de crédito, talvez permita compreender a necessidade de o autonomizar, ou de lhe conferir um tratamento jurídico específico face aos demais direitos de personalidade circunvizinhos, e mesmo até em relação ao direito de personalidade maior no qual se filia – o direito à honra.

3.2. Colisão entre a Liberdade de Expressão e o Direito ao Bom Nome - estranha posição do Supremo Tribunal de Justiça.

Sem ter o propósito de levar a cabo uma análise escarpada em torno da posição actual do Supremo Tribunal de Justiça sobre o conflito entre a Liberdade de Expressão e o direito ao Bom Nome, não podemos, no entanto, manifestar a nossa estranheza face ao entendimento que tem sido acolhido pelos mais recentes acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça sobre este tipo de colisão.

Não podemos, na verdade, admitir a prevalência atribuída à Liberdade de Imprensa face ao direito ao bom nome, com fundamento na interpretação qualificada do art.º 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, tal como é sustentado em vários textos do Supremo Tribunal de Justiça⁴⁸.

Maiores perplexidades revelam ainda tais decisões jurisprudenciais quando, por um lado, se afirma que nas hipóteses de conflitos de direitos entre a Liberdade de Imprensa e os direitos à honra, ao bom nome e ao crédito, não se deve conferir aprioristicamente e em abstracto procedência a qualquer deles, e quando, por outro lado, com fundamento na mencionada interpretação qualificada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, se acaba por atribuir prevalência à Liberdade de Imprensa.

Particulares dúvidas nos suscitam ainda os atrás citados Acórdãos, na medida em que os mesmos invocam como razão justificativa para a preponderância da Liberdade de Imprensa, a circunstância de nos encontrarmos perante um bem constitucionalmente protegido, bem como em face de um valor fundamental para a *“formação de uma opinião pública robusta, sem a qual não se concebe o correcto funcionamento da democracia”*⁴⁹.

Ora, relativamente ao argumento de nos encontrarmos perante um valor constitucionalmente protegido, não lhe é possível atribuir um peso significativo, uma vez que tal consideração ignora a idêntica relevância e a dignidade constitucional atribuída a outros bens jurídicos como o Bom Nome e a Reputação⁵⁰.

⁴⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de julho de 2017 (in www.dgsi.pt), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 2017 (in www.dgsi.pt), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Setembro de 2016 (in www.dgsi.pt).

⁴⁹ Cfr., Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de julho de 2017 (in www.dgsi.pt).

⁵⁰ Na verdade, o art.º 26.º da Constituição da República Portuguesa reconhece a todos os cidadãos o direito ao bom nome e a reputação. A propósito da configuração constitucional destes direitos fundamentais, cfr., CANOTILHO, J.

Para além disso, a invocação em abono da prevalência atribuída à Liberdade de Imprensa do argumento da importância deste valor fundamental para a formação da opinião pública, acaba por consubstanciar um argumento mais oriundo do plano jurídico do que do universo jurídico.

No tocante à razão também invocada na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça para a prevalência da Liberdade de Imprensa consubstanciada na interpretação feita do art.º 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem pelo órgão qualificado (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem) para determinar o sentido e o âmbito dos preceitos daquela convenção, não nos parece um argumento decisivo, nem sequer suficientemente forte ou convincente.

Apesar de uma interpretação feita por um órgão jurisdicional com especial competência para a interpretação de normas de direito internacional, atinentes à respectiva área de competência, se possa claramente considerar um ponto de apoio ou arrimo importante para os Tribunais dos diversos Estados onde os ditos preceitos sejam aplicáveis, certo é que a dita interpretação não tem o valor de uma norma jurídica, nem é atribuída ao dito tribunal internacional a prerrogativa de proceder a uma interpretação autêntica das normas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Ora, precisamente a propósito da interpretação do art.º 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, não parece correcto concluir pela existência de uma qualquer prevalência da liberdade de informação face à reputação ou a outros direitos de personalidade de outrem. Antes pelo contrário, do n.º 2 do preceito em análise resulta uma protecção explícita da reputação e de outros direitos de personalidade, constituindo este tipo de direitos um limite inerente ao exercício das faculdades ínsitas na Liberdade de Imprensa.

Razão pela qual, a interpretação feita pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ao art.º 10.º, n.º 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, afigura-se-nos forçada e excessiva. Não admira assim que nos causem particulares perplexidades os textos do Supremo Tribunal de Justiça onde por um lado, se afirma que no conflito entre a Liberdade de Imprensa e os direitos ao Bom Nome e à Reputação, não é possível conferir uma prevalência apriorística a qualquer dos direitos em confronto, e por outro lado, se acaba, por aprioristicamente, em virtude de uma interpretação prévia do art.º 10.º, n.º 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem feita pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, se reconhecer uma prioridade à Liberdade de Imprensa⁵¹. Em bom rigor, poder-se-á concluir que o Supremo Tribunal de Justiça acaba em tais decisões por defender simultaneamente uma determinada posição, bem como o seu contrário.

Para além disso, uma tal orientação encontra-se ao arrepio de uma evolução registada na Jurisprudência Portuguesa a partir de meados da década de 80 do século passado, no sentido de estabilizar e consolidar o entendimento, de acordo com o qual as bases da Liberdade de Imprensa, do Bom Nome e da Reputação, na medida que são todos tutelados por direitos de

GOMES, MOREIRA, VITAL, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada* (arts.º 1.º a 107.º), Coimbra, 2007, p. 458 e ss.

⁵¹ Neste sentido se pronuncia entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2017 (www.dgsi.pt).

personalidade, possuem igual dignidade hierárquica⁵², razão pela qual não se pode em abstracto e aprioristicamente atribuir prevalência a nenhum deles⁵³. Uma tal orientação vem, de resto, superar o entendimento até então prevalecente que concedia prioridade ao direito ao Bom Nome e a Reputação no âmbito dos conflitos de direitos objecto desta análise.

3.3. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações: o art.º 485.º.

Inspirado no §676 do B.G.B. (actual §675 (2)), que consagra a irresponsabilidade por danos decorrentes do acatamento de conselhos ou recomendações⁵⁴, o art. 485.º seguindo a tradição romanista, concretiza a regra segundo a qual, os conselhos não responsabilizam quem os dá, nem obriga quem os recebe.

Tal como a norma germânica que se encontra integrada no âmbito do mandato, concebido como contrato gratuito, também o n.º 1 do art. 485.º prevê ressalvas à mencionada regra da irresponsabilidade: “o agente tenha assumido a responsabilidade pelos conselhos”, “havia o dever jurídico de dar conselhos...”, ou “o procedimento do agente constitua facto punível...” (art. 485.º, n.º 2).

Porém, questiona-se verdadeiramente se as excepções à regra da irresponsabilidade previstas neste preceito têm a mesma amplitude que a ressalva genérica contida no preceito alemão atrás mencionado, onde se faz menção à responsabilidade derivada de relação contratual ou de acto ilícito⁵⁵.

Apesar da disciplina jurídico-positiva portuguesa bem mais detalhada que a fonte germânica onde se inspirou, revela-se, no entanto, duvidoso se a mesma possuirá um alcance idêntico à ressalva contida no direito alemão⁵⁶.

Antes de procedermos a uma sumária caracterização das categorias mencionadas no art. 485.º n.º 1: recomendações, conselhos ou informações, cumpre explicitar as principais linhas mestras regulativas, subjacentes à disciplina jurídica positiva em análise, a saber: a liberdade de expressão, por um lado, e a tutela da confiança de quem se deixa conduzir pelo sentido das recomendações, conselhos ou informações, por outro.

No tocante à caracterização das figuras que constituem o núcleo central da disciplina contida no art. 485.º: os conselhos, as recomendações e as informações, importa salientar, que

⁵² Cfr., neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Outubro de 1996 in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 460, p. 692-693, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Março de 1996, in ultimo Ministério da Justiça, n.º 455, 1996, p.420 e ss., Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 1995, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 449, 1995, p. 59.

⁵³ Como referimos em texto, durante muito tempo na jurisprudência pontificada o entendimento segundo o qual, os direitos ao Bom Nome e a reputação deviam ser considerados prevalentes em face a Liberdade da Expressão, cfr., Acórdão Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Outubro de 1995, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 450, p. 403.

⁵⁴ Cfr., neste sentido, MONTEIRO, J. SINDE, *Responsabilidade por conselhos...*, ob. cit., p. 334 e ss.

⁵⁵ A este propósito cfr., MONTEIRO, J. SINDE, *Responsabilidade por conselhos...*, ob. cit., p. 585.

⁵⁶ Cfr., neste sentido, MONTEIRO, J. SINDE, *Responsabilidade por conselhos...*, ob. cit., p. 585.

enquanto nas duas primeiras categorias mencionadas podemos identificar uma dimensão de exortação, já no âmbito das informações se deve colocar em destaque o seu carácter neutral e de maior objectividade.

Seguindo de perto a lição de Sinde Monteiro, nas recomendações e nos conselhos regista-se uma tomada de posição⁵⁷ acerca do comportamento a adoptar pelos respectivos destinatários, ou seja uma exortação para estes actuarem em determinado sentido.

Importa explicitar, tal como anteriormente já ficou subentendido, a razão pela qual tradicionalmente se consagra a regra da irresponsabilidade pela prestação de recomendações, conselhos e informações, razão essa fundamentalmente ligada à gratuitidade dos mesmos. Subjacente a este regime, encontra-se a ideia de acordo com a qual se revelaria particularmente injusto que alguém viesse a incorrer na obrigação de indemnizar pela circunstância de ter aconselhado ou informado outrem, sem quaisquer contrapartidas ou compensações remuneratórias, no fundo pretende-se evitar a aplicação de uma sanção a quem tenha altruisticamente prestado um favor⁵⁸.

Para além disso, sufragando-se a consagração da regra da responsabilidade pela divulgação de informações, correr-se-ia o risco particularmente grave para o tráfico jurídico, de provocar uma paralisação a nível dos circuitos informativos, com consequências particularmente graves, desde logo, para o desenvolvimento da actividade económica.

Relativamente a estas razões comumente invocadas para justificar a dita regra da irresponsabilidade, cumpre sublinhar, desde logo, a propósito da primeira das motivações atrás mencionadas, que o argumento da gratuitidade das informações prestadas já não corresponde sequer à maioria das situações ocorridas, destacando, nesta sede, as particularmente vivenciadas no sector bancário e financeiro.

Para além disso, importa ainda evidenciar que se tem registado a nível das mais modernas alterações legislativas ocorridas nos sistemas jurídicos continentais uma clara tendência para a “democratização das responsabilidades profissionais”, bem como o progressivo esbatimento dos privilégios ou imunidades (de direito ou de facto) das “pessoas de nível superior”⁵⁹.

Não podemos ainda ignorar a intensificação, quer a nível legislativo, quer na prática jurídica (sobretudo a verificada no comércio internacional) do leque de deveres de informação emergentes, tanto no âmbito contratual, quanto no universo extra-contratual. Para um tal

⁵⁷ Cfr., a este propósito, MONTEIRO, J. SINDE, *Responsabilidade por conselhos...*, *ob. cit.*, p. 14 e ss.

⁵⁸ Bem vistas as coisas, não se trata de uma solução inédita ou isolada no nosso direito positivo. O regime jurídico consagrado no art. 504.º, n.º 3, a propósito do transporte gratuito, bem como a análise da evolução histórica neste contexto registada permitem-nos concluir claramente neste sentido. A consagração até 1996 (Dec-Lei n.º 14/96 de 6 de Março), do regime da responsabilidade subjectiva no âmbito do transporte gratuito, bem como a limitação da responsabilidade no regime actualmente vigente aos danos pessoais das pessoas transportadas, reflecte claramente a ideia de que se não revela justo sobrecarregar quem prestou um favor, privilegiando, em contrapartida, a posição de quem do mesmo amplamente se beneficiou, cfr., neste sentido, VARELA, J. ANTUNES, *Das Obrigações I ...*, *ob. cit.*, p. 673-674.

⁵⁹ Cfr., MONTEIRO, J. SINDE, *Responsabilidade por Conselhos ...*, *ob. cit.*, p. 606.

cenário de reforço dos circuitos informativos tem-se revelado decisiva a importância assumida pelo princípio da boa-fé, nas fase pré-contratual e da execução do contrato.

Sobretudo no período de negociações contratuais, o princípio da boa-fé constitui uma matriz de fundamentação de deveres de informação e esclarecimento⁶⁰, contrastante com as exigências liberais da regra fundamental do *caveat emptor*⁶¹, que tem como corolário a inexistência de deveres pré-contratuais de informação a cargo das partes envolvidas no *iter negotii*, mesmo que a informação verse sobre aspectos essenciais para a decisão de contratar da contraparte.

Não podemos ainda ignorar a emergência cada vez mais frequente no hodierno tráfico jurídico de acordos contratuais cujo objecto se traduz na formulação de conselhos ou na prestação de informações. Definindo-se o conteúdo destes contratos de conselho ou de informação sobretudo por via interpretativa, torna-se, por vezes, difícil determinar a existência deste tipo de acordos, suscitando particulares dificuldades nesta sede a identificação dos comumente designados contratos tácitos de informação, atenta a admissibilidade das declarações negociais se traduzirem em comportamentos concludentes (art. 217.º).

Como a este propósito nos ensina Sinde Monteiro, essencial é o facto de a nossa lei exigir a consciência da declaração (art. 246.º). Porém, para que a prestação de informação possa ser configurada como um comportamento concludente (art. 217.º), parece-nos ser bastante, em alguns casos, a identificação relativamente a quem preste a informação da cognoscibilidade por parte desta de um interesse económico numa actuação em concordância com o conteúdo da informação⁶², não se revelando exigível uma contraprestação em sentido jurídico.

Todas estas considerações levam-nos a questionar, tal como de resto, já se verificou a propósito do art. 484.º, se o regime estatuído no art. 485.º, mais especificamente nas ressalvas mencionadas no seu n.º 2, resolve, de modo exclusivo, tais problemáticas, implicando assim o afastamento ou a exclusão do regime geral de Direito Delitual.

Ora, a este propósito, e no tocante às hipóteses de responsabilidade pré-contratual, decorrentes, na esmagadora maioria dos casos da violação de deveres de informação, importa referir que este instituto se situa fora do campo de aplicação do art. 485.º, devendo o seu tratamento ter lugar no âmbito do art. 227.º. De igual modo, também as dúvidas de qualificação suscitadas em torno da prestação de informação como comportamento concludente no âmbito dos designados contratos ou acordos tácitos de informação, não dispensam, antes pelo contrário, pressupõem o recurso às regras gerais do negócio jurídico.

Manifestando-se incontestável o recurso às regras da parte geral do Código Civil, quando o regime dedicado à responsabilidade civil pressupuser, de algum modo, uma remissão para as

⁶⁰ Cfr., a este propósito, MONTEIRO, J. SINDE, *Responsabilidade por Conselhos...*, ob. cit., p. 358 e ss (especialmente nota 65 da p. 358-359).

⁶¹ De acordo com este princípio fundamental, compete a cada uma das partes indagar e descobrir a informação tida por relevante para formular a sua decisão de contratar de forma sã e esclarecida, cfr. sobre este princípio, MONTEIRO, J. SINDE, *Responsabilidade por Conselhos...*, ob. cit., p. 155-156.

⁶² Cfr., neste sentido, MONTEIRO, J. SINDE, *Responsabilidade por conselhos...*, ob. cit., p. 637.

mesmas, tal como sucede com o art. 485.º, n.º 2, revela-se então particularmente problemática a questão de saber se o regime especial desta regra respeitante à responsabilidade civil por conselhos, recomendações ou informações preclude ou afasta a aplicação das regras gerais de Direito Delitual.

Ora, a este propósito, no tocante às hipóteses de responsabilidade pré-contratual já tivemos ocasião de sublinhar que o art.º 485.º não exclui, antes pressupõe a aplicabilidade do regime dedicado à responsabilidade pré-contratual. Para além disso, certas hipóteses de violação de deveres de informação apenas conseguem alcançar tutela delitual, na medida em que se aceitam certas figuras jurídicas de construção pretoriana, tal como sucede com o contrato com eficácia de protecção para terceiros.

O recurso a este expediente técnico-jurídico criado pela dogmática jurídica alemã, pode manifestar uma particular utilidade para garantir a ressarcibilidade de prejuízos puramente patrimoniais conexonados com a violação de deveres de informação derivados de um contrato em que o lesado não é parte. Refira-se a título meramente exemplificativo, a hipótese do contrato celebrado entre um antiquário e um perito de arte destinado a atestar autenticidade de uma peça, que uma vez vendida por aquele a um cliente se veio constatar não ser autêntico, tal como resultava, claro do parecer do perito.

Particularmente pertinente para responder à questão atrás suscitada se revela a articulação entre os arts.º 485.º e 483.º, sendo certo que as hipóteses típicas do primeiro destes preceitos se reportam ao universo dos prejuízos puramente patrimoniais, constituindo situações marginais a violação de direitos absolutos provocada por informações negligentes transmitidas aos respectivos destinatários. A excepcionalidade deste tipo de situações decorre fundamentalmente da circunstância do ataque aos bens jurídicos violados não ser directo ou imediato, como o decorrente da prática de um acto material. Na senda de Sinde Monteiro, pensamos, porém, que quando excepcionalmente se verificarem tais hipóteses, não existem quaisquer razões justificativas para se afastar a aplicação do art.º 483.º, n.º 1, pois não se conhece qualquer precedente para afastar a regra fundamental, segundo a qual é em princípio ilícita a violação de direitos absolutos – primeira modalidade da ilicitude –, mesmo quando esta seja ocasionada pela transmissão de conselhos ou informações.

Revelando-se assim incontestável que o regime especial do art.º 485.º não preclude a aplicação das regras gerais de Direito delitual, importa agora debruçarmo-nos sobre a delicada questão de saber se este regime geral oferece uma resposta adequada para a esmagadora maioria dos casos suscitados pela prestação de conselhos ou informações, e que se traduzem basicamente na divulgação de informações negligentes causadoras de danos puramente patrimoniais.

Ora, relativamente a tais situações torna-se, na verdade, bastante difícil encontrar um enquadramento satisfatório no âmbito das regras gerais de direito delitual (art.º 483.º, n.º 1), quando estiverem em causa danos puramente patrimoniais. Razão pela qual se revela

fundamental encontrar apoio em construções dogmáticas, como a da relação obrigacional sem deveres primários de prestação⁶³.

Tal como sustenta Sinde Monteiro, a responsabilização do agente nas hipóteses atrás mencionadas pode vir a ser alcançada por via da contrariedade aos bons costumes. Porém, como também sustenta o autor, o juízo de contrariedade aos bons costumes parece convocar uma ponderação global das circunstâncias, sendo a qualificação profissional e correspondente posição de confiança, apenas um dos elementos relevantes, embora de grande peso. Cumpre, portanto, sublinhar, as dificuldades suscitadas por uma tal solução, uma vez que nestas hipóteses de contrariedade aos bons costumes “*parece ser de exigir, senão culpa grave, ao menos uma negligência caracterizada, marcando-se a diferença entre o cliente e o terceiro*”⁶⁴.

3.4. Responsabilidade por omissões: art.º 486.º.

O regime constante do art.º 486.º constitui um desvio à regra em matéria delitual, porquanto a generalidade dos factos voluntários do agente susceptíveis de responsabilizá-lo traduzem-se em acções, atenta a relação de anonimato que liga o lesante ao lesado. Na verdade, o fundamento da ilicitude na sua primeira variante (art.º 483.º, n.º 1) traduz-se na violação de direitos absolutos, os quais impõem a todos os membros da comunidade jurídica um dever geral de abstenção.

Realidade completamente distinta ocorre no plano contratual, onde o ilícito, por regra, se consubstancia na violação de deveres de conteúdo positivo, ou seja de deveres de acção. Não admira assim que apenas excepcionalmente a responsabilidade contratual tenha na base uma acção. Tal sucede apenas quando, por força da relação contratual, se imponha às partes um *non facere*⁶⁵, podendo, nesta sede, invocar-se a título meramente exemplificativo a obrigação de não concorrência derivada dos contratos comerciais.

Em face destas considerações genéricas, não admira que a responsabilidade por omissão se encontre dependente da existência de um dever de agir⁶⁶, resulte o mesmo da lei ou do negócio jurídico.

Com efeito, admitir como norma a responsabilidade por omissões no universo extracontratual, representaria um rude golpe à liberdade de acção das pessoas, uma vez que perante o espectro de uma eventual responsabilização, os particulares, com toda a probabilidade, sentir-

⁶³ Para uma melhor caracterização da figura da relação obrigacional sem deveres primários de prestação, cfr., MONTEIRO, J. SINDE, *Responsabilidade por conselhos...*, *ob. cit.*, p. 514 e ss.

⁶⁴ Cfr., MONTEIRO, J. SINDE, *Responsabilidade por conselhos...*, *ob. cit.*, p. 649.

⁶⁵ Cfr., por todos, VARELA, J. ANTUNES, *Das Obrigações... I*, *ob. cit.*, p. 551-552.

⁶⁶ A imposição de um dever de agir leva implicada a existência de uma relação especial entre a pessoa sobre quem recai um tal dever e aquele(s) que do mesmo venha(m) a ser beneficiário(s), quer a fonte desse dever seja a lei ou um negócio jurídico. A circunstância do dever de agir, cuja violação pode determinar o surgimento da obrigação de indemnizar coenvolver uma ligação especial (*Sonderverbindung*), não entra em colisão com as especificidades do universo extracontratual onde a norma se situa, uma vez que relevante para o surgimento da responsabilidade é que da não acatamento de um tal dever de agir resulta a violação de direitos de outrem, ou seja, de direitos absolutos.

se-iam compelidos a agir, não fazendo com plena liberdade, gerando assim consequências desvantajosas para o comércio jurídico em geral.

A propósito dos deveres de agir impostos por lei, cumpre distinguir entre os resultantes de uma norma que imponha directamente certa acção (omissão pura) e os provenientes indirectamente de norma impositiva da colaboração aos seus destinatários para prevenção de certo resultado, que é punido de forma diversa na lei (omissão impura). Como a este propósito sublinha Antunes Varela “no 1.º caso, a ilicitude refere-se directamente à omissão (omissão pura), no 2.º, ao valor, bem ou interesse jurídico tutelado (comissão por omissão)”⁶⁷.

Particularmente relevante no âmbito da responsabilidade por omissões, se revela a questão da sua admissibilidade quando alguém com a respectiva conduta crie uma situação ou fonte de perigo, surgindo então para esse sujeito o dever de evitar a consumação desse risco, ou seja “o dever jurídico de prevenção do perigo”. Uma tal orientação tem sido particularmente defendida na doutrina germânica, tendo entre eles granjeados autorizados adeptos⁶⁸.

Importa, por fim, sublinhar a incompatibilidade da responsabilidade por omissões com o instituto da responsabilidade civil quando o mesmo se fundamente na confiança como, a este propósito, sustenta Carneiro da Frada⁶⁹. *“Há deste modo que distinguir entre declaração e omissão de declaração, e afirmar igualmente, repita-se a incompatibilidade desta última com a responsabilidade pela confiança e com a “lógica” dos seus requisitos – não existe condenação de condutas que se alicerce sobre uma pura omissão –, ordenando-a sistematicamente na responsabilidade por infracção de regras de agir. O que se reflecte obviamente na construção da responsabilidade”*⁷⁰.

Expostas que foram as dimensões estruturantes do regime contido no art.º 486.º, conquanto de modo muito sumário, importa agora questionar também a propósito deste tipo especial de ilicitude, da eventual necessidade do legislador lhe ter reservado um tratamento autónomo. Estabelecendo um breve confronto com a resposta à mesma questão colocada a propósito dos arts.º 484.º e 485.º, sempre se dirá que neste regime dedicado à responsabilidade por omissões, se registam ponderosas razões para a previsão de um regime especial, uma vez que

⁶⁷ Cfr., VARELA, J. ANTUNES, *Das Obrigações... I*, ob. cit., p. 551-552.

⁶⁸ Cfr., a este propósito, SERRA, A. VAZ, “Obrigação de indemnização (colocação, fontes, conceito e espécie de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e remoção)”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 84, 1959, p. 109 e ss.; VARELA, J. ANTUNES, *Das Obrigações ...I*, p. 551 (especialmente nota 3, onde o autor dá conta da forte corrente registada na doutrina germânica que tende a levar mais longe a responsabilidade fundada em omissões, obrigando quem cria uma situação de perigo, à adopção das medidas necessárias para evitar a consumação dos riscos. Também a este propósito Mafalda Miranda Barbosa chama a atenção para a centralidade nesta sede assumida pela ideia de perigo. Porém, no entendimento da autora, não se revela importante ter em conta a probabilidade quantitativa ou estatística do acto evitar o dano, importando antes levar a cabo um juízo imputacional do acto omitido tendo em conta a categoria fundamental da assunção da esfera de risco do agente, como pessoa livre e responsável, cfr., a este propósito, BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Lições de responsabilidade...*, ob. cit., p. 143 e ss.

⁶⁹ Cfr. FRADA, MANUEL CARNEIRO, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, 2007, p. 615-616.

⁷⁰ Na doutrina germânica, existe, porém, quem, “parifique a responsabilidade por declarações com a decorrente da omissão de esclarecimentos”, tendendo “naturalmente a não distinguir este dois modos de operar da relação especial”, situando-se nessa linha de orientação CANARIS, CLAUD-WILHELM, *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, FS für Karl Larenz zum 80 geburtstag*, München, 1983, p. 102 ss., que funde as ditas responsabilidades de modo homogéneo na violação de uma relação unitária de protecção, cfr. FRADA, MANUEL CARNEIRO, *Teoria da confiança...*, ob. cit., p. 660.

a regra geral do art.º 483.º, n.º 1, situada no terreno extra-contratual se reporta às relações marcadas por uma nota de anonimato. Ora, como já atrás deixámos referido, o vínculo que liga o agente ao lesado traduz-se num dever genérico de abstracção, cuja violação é perpetrada pela adopção de um comportamento positivo: um *facere*. Desta feita, constituindo a responsabilidade por omissões um desvio à regra geral no universo delitual, era necessário que o legislador regulasse expressamente tais situações. De outro modo, as normas gerais não permitiriam responsabilizar o agente, não obstante os deveres de agir quando tenham por fonte a lei, nos remetam claramente para aquele universo regulativo.

Uma tal argumentação pode manifestar-se, no entanto, insuficiente se tivermos em conta que também a propósito do regime consagrado no art.º 485.º as mesmas observações podem ser registadas. Porém, nesta sede, tal como atrás já deixámos referido, pode lograr-se alcançar fundamento para a responsabilização do agente em determinadas situações, no âmbito do art.º 483.º, n.º 1.

Para além disso, a declaração de princípio contida no n.º 1 do art.º 485.º segundo a qual a regra é a da irresponsabilidade pela divulgação de conselhos, recomendações ou informações, também já se poderia pacificamente recolher do regime constante naquela regra básica da responsabilidade civil extracontratual.

Vídeos da apresentação

Parte I



Parte II



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2.

**Do nexos de
causalidade ao nexos de
imputação**

Mafalda Miranda Barbosa



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

DO NEXO DE CAUSALIDADE AO NEXO DE IMPUTAÇÃO¹

Mafalda Miranda Barbosa²

1. Casos desafiantes do ponto de vista da causalidade.
 2. A causalidade na jurisprudência: breve referência a alguns casos concretos.
 3. Entre a dificuldade e as aporias decisórias: a imprestabilidade dos tradicionais critérios causais.
 - 3.1. A teoria da *conditio sine qua non*.
 - 3.2. A doutrina da causalidade adequada.
 - 3.3. A teoria do escopo da norma violada.
 4. De uma visão unitária da causalidade a uma perspectiva binária: a causalidade fundamentadora e preenchedora da responsabilidade.
 5. A causalidade fundamentadora da responsabilidade.
 - 5.1. De uma perspectiva causal para uma perspectiva imputacional – uma questão metodológico-axiológica.
 - 5.2. Os critérios imputacionais: a teoria das esferas de risco.
 6. A causalidade preenchedora da responsabilidade.
 - 7 Consequências do entendimento proposto.
- Vídeos da apresentação.

1. Casos desafiantes do ponto de vista da causalidade

A realidade tem-se mostrado fecunda em suscitar casos que evidenciam a falência dos quadros tradicionais no que respeita à causalidade. Não raras são, na verdade, as hipóteses em que os critérios usualmente mobilizados se mostram imprestáveis para cumprir o desiderato do jurista: encontrar uma solução que se mostre normativamente fundada e materialmente adequada. Nas páginas que se seguem, procuraremos perceber em que medida falham as teorias causais tradicionais, não só em termos prático-normativos, como também axiológicos. Para tanto, começaremos por olhar para algumas decisões jurisprudenciais, nacionais e estrangeiras, que tornam claras as dificuldades comunicadas pelas teorias da *conditio sine qua non* e da *causalidade adequada*, entre outras. Ao concluirmos, fundamentadamente, que estas refletem uma intencionalidade predicativa da juridicidade que anda longe daquela que deve ser a intencionalidade jurídica, seremos forçados a reconhecer que, em termos metodológicos, apenas nos servirá uma perspectiva imputacional. Estaremos, então, em condições de apresentar alguns dos critérios imputacionais que, confluindo no que podemos cunhar por *teoria das esferas de risco*, deverão orientar o decidente na busca da solução justa do ponto de vista da responsabilidade civil. *In fine*, e de modo muito breve, explicitaremos as consequências dogmáticas, ao nível probatório e ao nível da condicionalidade, que a nova perspectiva nos potencia.

¹ O texto que agora se apresenta corresponde, com algumas modificações, à intervenção que teve lugar no dia 19 de janeiro de 2018, no CEJ, no âmbito da formação contínua Temas de Direito Civil.

² Doutora em Ciências jurídico-civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra.

2. A causalidade na jurisprudência: breve referência a alguns casos concretos

Em 30 de junho de 1987, o *Bundesgerichtshof* pronunciou-se sobre uma situação que mostra a dificuldade de decidir com base na causalidade adequada³. Em virtude de um erro médico, uma criança tem necessidade de receber um novo rim através de um transplante, tendo-se a sua mãe oferecido como dadora do órgão. Mais tarde questiona-se se, a par da indemnização devida ao lesado direto, a progenitora pode ou não vir a ser ressarcida pelos danos suportados, entrando em cena a problemática do estabelecimento do nexo de causalidade. Entendeu-se, então, que esse nexo existe entre a remoção do rim do autor do processo, relativamente ao qual não se pode duvidar da responsabilidade, e a doação de um substituto pela mãe. Mais se considerou que tal ato voluntário e meritório era uma probabilidade a ter em conta no momento da operação cirúrgica da qual resultou, incorretamente, a remoção do único rim funcional do menor. Ou seja, e continuando a acompanhar a fundamentação aduzida, não se quebra o nexo de causalidade pela voluntariedade do comportamento materno, até porque a sua atitude foi induzida pela situação de perigo, pela qual o réu era responsável⁴. Conforme explicita Kurt Lipstein, “uma causa mentalmente induzida pode ser suficiente para estabelecer a responsabilidade”. No fundo, do que se trata é de considerar que, se uma pessoa é culpada pela criação de uma situação perigosa, deve-lhe ser atribuída a responsabilidade pelos riscos que um terceiro que tenta evitar a consumação do mesmo ou salvar o lesado direto assume e bem assim os danos que aquele se autoinflige. Acaba, assim, por haver um desvio em relação ao núcleo central da causalidade adequada. As ideias de risco, numa sociedade caracterizada pelo domínio de situações potencialmente perigosas, e de cotejo de esferas de ação passam a ser determinantes no estabelecimento da causalidade, aqui transmutada em verdadeira imputação. Olhar para o problema do ponto de vista da probabilidade e, portanto, da adequação implicaria, na verdade, partir do pressuposto – infundado – de que o ser humano atua de forma determinística, respondendo sempre da mesma forma perante o mesmo tipo de estímulos. Ou, de outro modo, concluir que um comportamento é sempre adequado, independentemente da intromissão da *voluntas* de um terceiro que age autonomamente. A causalidade acabaria por se tornar, então, numa fórmula demasiado ampla, que tudo abarcaria. E com isto contrariar-se-ia a própria essência da causalidade adequada que, partindo de uma ideia de condicionalidade, continua presa a uma relação fisicista (embora normativizada) de causa-efeito.

Igualmente interessante do ponto de vista da argumentação que procuramos expender é o caso decidido em 24 de novembro de 1964 pelo Tribunal de Recurso de Estugarda⁵. Ocorrido um acidente, provocado pela condução sob excesso de álcool, A acaba por ficar ferido, pelo fogo, quando tentava salvar os ocupantes do veículo. Considerou-se, então, que o condutor é responsável pelos danos sofridos por A. Para o juiz, mesmo que a intervenção livre do terceiro seja a causa imediata do dano ocorrido, há uma conexão adequada entre este e o evento inicial, desde que a atuação de quem pretende salvar os acidentados se afigure justificável. Trata-se, contudo, da decisão do Tribunal superior, ao arrepio do que foi defendido na

³ Cf. *Juristenzeitung*, 1988, 150 e MARKESINIS, *The German Law of Obligations*, vol. II, *The Law of Torts: A comparative introduction*, 3rd. Edition, Clarendon Press, Oxford, 1997, 632 s.

⁴ Cf. MARKESINIS, *The German Law*, 635.

⁵ Cf. OLG Stuttgart = NJW 1965, 112, *apud* MARKESINIS, *The German Law*, 629.

sentença proferida pela primeira instância. O *Landgericht* entendeu, de facto, que a probabilidade de alguém interceder junto dos acidentados e com isso sair lesado é tão remota que o condutor do veículo não pode vir a ser responsabilizado por tais danos⁶.

Os casos citados mostram a dificuldade de se lidar com o problema da causalidade, quando a probabilidade tenha de ser sopesada em relação a comportamentos humanos, pela sua natureza não determinísticos. E, por outro lado, tornam clara a ambivalência decisória neste âmbito, permitindo olhar para a causalidade adequada como a fórmula vazia (*Leerformel*) de que falam os autores alemães. A doutrina da adequação não permite, na verdade, a eliminação das dúvidas interpretativas no momento da judicativa realização do direito. E embora se reconheça o mérito de uma fórmula que faculte ao jurista decidente uma margem de discricionariedade que garanta a adequação da decisão às especificidades reclamadas pelo caso concreto, não podemos deixar de sublinhar que se assiste, mais do à maleabilidade do critério, à ficção de cientificidade de uma doutrina que, confrontada com as suas próprias inconcludências, resvala em ponderações de outro tipo. Pois o que acaba por ser determinante na fundamentação do Tribunal de Estugarda é o facto de o jurista ter sido sensível à dimensão eticamente valiosa da conduta do lesado, eivada pela nota da solidariedade.

Pensemos, entre nós, no caso discutido e decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa e vertido no *Acórdão de 7 de Maio de 2002*. Tratando-se embora de uma hipótese respeitante à responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das funções legislativas, sempre se poderá dizer com Gomes Canotilho que os juízes operaram um “passe de mágica em torno da causalidade”⁷, “que justifica a rutura lógica na argumentação, quando, depois de se reconhecer que o agente real, provocador do dano da morte, era a empresa Aquaparque, (...) se transita para uma causa virtual – a do legislador omissivo”. O mediatismo do caso apreciado⁸ chama a atenção para um dado relevantíssimo. Com efeito, tendo o dano sido provocado pela conduta dos responsáveis do Aquaparque, acaba por se responsabilizar o Estado pela omissão de legislação que impusesse as devidas medidas protetoras. Donde se pode questionar se a imputação operada se pode basear na ideia de causalidade adequada, já que, a havê-la, sempre haveria que determinar se a mesma não teria sido interrompida pela conduta voluntária daqueles responsáveis materiais⁹. Com o que se viabiliza o salto para dois

⁶ Cf. MARKESINIS, *The German Law*, 630.

⁷ Cf. GOMES CANOTILHO, “Anotação ao Acórdão de 7 de maio de 2002 do Tribunal da Relação de Lisboa”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3927, 3928, ano 134.º, 202 a 224 (aqui 222).

⁸ Trata-se, de facto, do caso que ecoou durante largo tempo nos meios de comunicação social, depois de uma criança ter morrido numa das piscinas do parque aquático da cidade de Lisboa, ao ter sido sugada por uma das condutas de aspiração que não dispunha da devida grelha de proteção.

⁹ Veja-se, ainda, neste ensejo, Margaret Isabel HALL, “Duty, causation and third-party perpetrators: The Bonnie Mooney Case”, *Revue de Droit de McGill*, 50, 2005, 597 s. O caso comentado pela autora resume-se em poucas palavras. Bonnie Mooney, temendo ser vítima de mais um ato de violência doméstica por parte do seu ex-companheiro, recorre à polícia que, confrontada com a situação, diz nada poder fazer para além de investigar. Sete semanas mais tarde, aquele invade a casa da lesada, matando uma amiga que ali se encontrava e causando grande sofrimento moral a si e às suas filhas, que passam a sofrer de um quadro de stress pós-traumático. A *British Columbia Supreme Court* veio considerar que neste caso não se provou o nexó de causalidade (cf. pág. 601). No recurso interposto pela lesada, discutiu-se o âmbito de um eventual dever de cuidado perante o outro que, em face da denúncia efetuada, poderia ter emergido em concreto. Mais se aduziu que o tradicional *but-for test* não deveria ser aplicado em face de condutas omissivas, devendo ser substituído pelo *material contribution test*: o que se questionaria seria, assim, se a negligência do pretense lesante tinha ou não tido alguma contribuição material para a emergência da lesão. Veja-se, a propósito, pág. 603-604, oferecendo uma explicitação do teste com base numa

nichos dogmáticos específicos, a evidenciar as insuficiências da teoria a que a jurisprudência quase unanimemente adere. Todo o circunstancialismo respeitante à responsabilidade por informações é, com apelo a uma memória predisponível do sistema já constituído, questionado. A, confiando nas informações prestadas por B, resolve levar a cabo uma determinada conduta que o lesa na sua integridade física. Em que medida, verificados os restantes pressupostos densificadores do subsistema ressarcitório a que se alude, pode o dano ser imputado ao segundo, sendo certo que a adequação – radicada num primeiro momento numa relação naturalística¹⁰ – poderá ser excluída pelo comportamento voluntário do próprio lesado¹¹? Por outro lado, é a questão da ilicitude por omissão que se torna problemática e que não pode senão suscitar uma apurada reflexão por parte da doutrina.

Questiona-se, por isso, a bondade da decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Coimbra, vertida no Acórdão de 5 de junho de 2001¹². Considera-se, aí, não haver causalidade adequada “entre a inexistência de sinalização alertando para zona perigosa no estaleiro duma obra e o acidente sofrido por um menor de oito anos que, com outras duas crianças, foi brincar para o interior da referida obra, num sábado, em que os trabalhadores gozavam o descanso semanal, tendo uma delas tocado num tijolo que caiu, atingindo-o na região frontal. A justificar a asserção considera aquele Tribunal não se poder concluir que o facto imediatamente causador do dano – atitude da criança que tocou no tijolo que caiu e atingiu o menor lesado – foi uma consequência adequada da ausência de sinalização”. A decisão da Relação é, do ponto de vista lógico, inatacável. Mas pergunta-se se, mobilizada que seja outra racionalidade, ela não pode ser posta em causa, chegando-se, inclusivamente, à solução oposta. Isto é, considerando-se que houve, de facto, violação do dever de sinalizar o perigo por parte do responsável pela obra, pergunta-se se não será isso bastante para, dentro da esfera de danos que aquele dever visava evitar, se indemnizarem os prejuízos decorrentes das lesões ocorridas. É óbvio que nunca se poderá saber com meridiana certeza se a lesão do direito teria ou não sido postergada, mas exatamente por isso a repartição do risco só poderá ser operada em termos normativos. Aliás, parece ser esse o recorte intencional da decisão proferida pelo Tribunal da Relação do Porto de 31 de outubro de 2006, onde se responsabiliza uma superfície comercial, a título de culpa, pelos danos sofridos por uma sua cliente que escorrega e cai no piso molhado, que não foi vedado pelos seus funcionários enquanto procediam à sua lavagem¹³.

ideia de risco: “causation could be established by showing that an employer had materially contributed (more than *de minimis*) to the risk that a claimant would develop a particular condition”.

¹⁰ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de abril de 2007 (www.dgsi.pt).

¹¹ O problema é aqui considerado a propósito da responsabilidade por informações por ser esse o domínio onde foi mais amplamente tratado entre nós. Ele pode, no entanto, ser equacionado em termos mais amplos. Na verdade, o que está em debate neste ponto específico é o que ficou conhecido, noutras paragens, por causalidade psicológica e prende-se com a circunstância de alguém oferecer a outrem um motivo para agir. Sobre o ponto, explicando-o no quadro do que qualifica como causalidade de um facto humano Florence G’SSELL-MACREZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, 629 s. Veja-se, igualmente, com muita importância, Stephan FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München, 2000.

¹² www.dgsi.pt

¹³ www.dgsi.pt. Note-se que o problema, perspetivado pelo relator do aresto sob o prisma da causalidade, é resolvido com apelo à doutrina maioritariamente conformadora do problema entre nós: a tantas vezes referida teoria da causalidade adequada. Importa, no entanto, perceber o que aqui está em causa. A ilicitude desvela-se pela violação do direito à integridade física. Inexiste, contudo, um comportamento do agente que diretamente atente contra ela. Nem tão pouco se pode ver na atividade de limpeza levada a cabo um ato juridicamente desvalioso. Ao ser imputada a lesão ao proprietário da superfície comercial, sê-lo-á à preterição do cumprimento de um dever de prevenção do perigo. Donde se concita uma dúvida: será que é normal e adequado que da não indicação do

As dificuldades experimentadas a este nível comunicam-se, *mutatis mutandi*, às hipóteses de circunscrição do círculo de danos indemnizáveis. De outro modo não poderia deixar de ser, até porque o problema da causalidade foi, entre nós, tratado de forma unitária, durante largo tempo. Nenhuma das teorias referidas até ao momento se mostra apta a explicar por que razão o titular do direito à indemnização é apenas o titular do direito ou do interesse violado.

3. Entre a dificuldade e as aporias decisórias: a imprestabilidade dos tradicionais critérios causais

Se é certo que as dificuldades que experimentamos, quando lidamos com casos com aqueles que fomos acompanhando no ponto expositivo precedente, se ficam a dever à complexidade normativo-factual dos concretos problemas emergentes, não menos seguro é afirmar que corremos o risco de resvalar para verdadeiras situações aporéticas se nos mantivermos presos aos quadros tradicionais com que ia pensado o requisito causal. De facto, uma reflexão apurada sobre as tradicionais doutrinas causais mostra-nos a imprestabilidade delas para resolver casos eivados de um grau de problematicidade acrescida¹⁴.

3.1. A teoria da *conditio sine qua non*

Segundo a doutrina da *conditio sine qua non*, uma conduta é causa do dano sempre que se conclua que este não se teria verificado sem aquela. Fortemente inspirada na doutrina filosófica de Stuart Mill¹⁵, percebe-se que a mesma tenha colhido grande entusiasmo no século

carácter escorregadio do piso decorra uma lesão à integridade física? Ou, se quisermos lançar mão da formulação negativa da adequação, será que o facto de não se alertar para o estado do chão é ou não indiferente à produção do dano? Responder-se-á, à última, que não é de todo indiferente. Mas, bem vistas as coisas, e se pressupusermos a forma de produção causal da realidade, dificilmente um evento será absolutamente irrelevante do ponto de vista da eficácia lesiva. Pelo que, exceto nas hipóteses de interferência de circunstâncias anómalas, dificilmente se excluirá a causalidade. Retomando ao caso em apreço, imaginemos que a cliente que sofre a queda tinha corrido a grande velocidade naquele recinto. Quem deveria suportar o dano? A própria ou os responsáveis pelo centro comercial? Ou se decide com base num justo intuir, ou a lograda solução da inquietação implicará sempre o cotejo das esferas de ação e risco e a delimitação normativa do âmbito teleológico de eventuais deveres de cuidado preteridos.

Atendo-nos à formulação positiva, previamente enunciada, sempre se poderá dizer com maior acutilância que, de um ponto de vista, não se gera um processo causal entre aquela omissão e a lesão sofrida. A havê-lo, será entre a lavagem do chão e a queda, mas aquela não é ilícita, perturbando-se, desta feita, o juízo ressarcitório levado a cabo. Cf., a este ensejo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de julho de 1985, citado por Menezes CORDEIRO (*Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, 545) [cf. *Boletim do Ministério da Justiça*, 349, 1985, 516-520]. No caso em debate, um doente psiquiátrico foge do hospital, vindo a falecer, em virtude do atropelamento de que foi vítima. Condenou-se, então, o Hospital pela omissão do dever de prevenir aquele dano. Como salienta o insigne civilista (*loc. cit.*, nota 282), “a adequação não liga entre a hipótese extraordinária do atropelamento (...) e a saída do Hospital; apenas juridicamente poderemos estabelecer ligações, dada a natureza particular das concretas normas violadas”.

¹⁴ Note-se que, para além das que consideraremos, existem muitas outras teorias que foram sendo pensadas para resolver o problema da ligação causal no seio da responsabilidade civil. Contudo, limitar-nos-emos a referir três, por serem as que maior difusão conheceram no seio do nosso ordenamento jurídico e dos ordenamentos jurídicos conexos com o português.

¹⁵ Para Stuart Mill, a causa real é o grupo de antecedentes que determinaram o fenómeno e sem o qual ele não teria lugar, pelo que “ninguém tem o direito, filosoficamente falando, de dar o nome de causa a um deles” (*Sistema de lógica dedutiva e indutiva*, apud Pereira COELHO, “O nexo de causalidade na

XIX, fruto do clima cientista e positivista que naquela época se viveu¹⁶. Para o autor, a causa é tida como a soma de todas as condições que conjuntamente se mostrem suficientes para a produção de um evento de tal modo que, uma vez verificadas, invariavelmente o resultado será aquele. Importada para o mundo jurídico pelas mãos de Von Buri¹⁷, a recondução da causa à simples condição baseia-se, sobretudo, na impossibilidade científica de se eleger, de entre as várias circunstâncias potenciadoras do resultado, aquela que efetivamente possa ser vista como determinante¹⁸. A intervenção da condição seria necessária para a produção do dano e nessa medida suficiente para a imputação da responsabilidade¹⁹⁻²⁰. A despeito da aparente simplicidade da teoria, a granjear adeptos pela desoneração a que conduz o julgador, a verdade é que, não só aquela é meramente aparente – conduzindo, na prática, ao artificialismo do critério mobilizado em concreto –, como se mostra im procedente na prática judicativa²¹.

responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 1951, 181. Cf., ainda, *A system of logic: ratiocinative and inductive*, John W. Parker, London, 1843, 392 s.)

¹⁶ Sobre a justificação para esta equiparação entre a causa e qualquer condição sem a qual o evento não se teria verificado, cf. Pereira COELHO, “O nexo de causalidade”, 183. Veja-se, ainda, Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, 31 s., expondo a transição entre o mundo da juridicidade da doutrina filosófica de Mill através da ideia de sinédoque.

¹⁷ Cf. Von BURI, *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehung*, 1885, nº308 e *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873, 13.

¹⁸ Para outras considerações, veja-se Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, I, Almedina, Coimbra, 2003, 916; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, 532 s.; M. FRANZONI, “Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059”, in F. GALGANO (ed.), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 1993, 95 s.; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè Editore, Milano, 1967, 194 s.; G. ALPA, M. BESSONE, V. ZENO-ZENCOVICH, “I fatti illeciti”, *Tratato di diritto civile*, 14, *Obligazioni e Contratti*, VI (a cura di Pietro Rescigno), 2ª edição, UTET, Torino, 1995, 63 s.; Fritz HAUZEISEN, “Die Theorie der wesentlichen Bedingung – ein wichtige Ursachenlehre”, *Juristenzeitung*, 16, Heft 1, 1961, 9 s.

¹⁹ Cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts* (Andre TUNC, ed.), chapter 7, Tübingen, Paris, New York, 1971, 34.

²⁰ Qualquer condição seria vista como causa e nessa medida todas as condições seriam equivalentes. Não há, portanto, uma importação literal do pensamento de Mill para o mundo jurídico, já que não é a soma das condições que determinaria a relevância da causa. É, aliás, neste ponto que se localiza a crítica de Birkmeyer a Von Buri. É que, partindo da ideia de que o evento só ocorre pelo concurso de todas as condições predispostas para o efeito, Von Buri, sustentando a impossibilidade de alguma se destacar das demais, defende a equivalência entre todas, recusando a ideia de causa eficiente ínsita à teoria protagonizada pelo primeiro autor. Acontece que este, exatamente porque todas se mostram necessárias para a produção do dano, deduz daqui o corolário da insuficiência dela, dizendo que, consentaneamente com o ponto de partida do autor, se deveria sustentar como causa a soma de todas as condições. Afasta, desta forma, a crítica que Von Buri lhe dirige relativamente à impossibilidade de eleição de uma causa eficiente entre as diversas condições. Para uma análise comparatística entre os dois autores, cf. Pereira COELHO, “O nexo de causalidade”, 186 s. O autor afirma, contundentemente, que Von Buri parte de um sofisma. Parte da ideia de que todas as condições são necessárias para chegar à conclusão que o efeito é produto de cada uma delas, porque cada uma das condições torna causais as restantes. Ora, como salienta Pereira Coelho “se A+B+C+D são iguais a E, é evidente que só uma dessas grandezas não pode ser igual a E. E é isto que em resumo afirma Buri” (cf. pág. 187). Acentua, por isso, o autor a *nuance* da conceção hodierna da teoria da equivalência das condições. “Os jurisconsultos que hoje em dia defendem a teoria da *conditio sine qua non* limitam-se a acentuar que todas as condições são necessárias para o efeito e que portanto elas são, neste sentido, equivalentes, não sendo possível fazer entre elas qualquer distinção”. Dito de outro modo, todas podem ser consideradas causas. Cf., ainda, Oliveira ASCENSÃO, *Ação finalista e nexo causal*, Dissertação do Curso Complementar de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito de Lisboa, 1956, 112 s.

²¹ Cf. G. MARTY, «La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (Étude comparative des conceptions allemande, anglaise et française)», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1939, 691 s.; François CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes causes sur le droit à réparation*, LGDJ, 1967, nº100; Raniero BORDON, *Il nesso di causalità*, Utet Giuridica, Torino, 2006, 42. Para outras considerações, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípios, 2013, cap. II.

Assim, o critério quadra mal com a intencionalidade jurídica. Parte de uma visão determinística do mundo, que não é sequer aceite no campo das ciências exatas, esquecendo que, ao nível jurídico, o direito não pode ser determinado pelo ser, na medida em que se traduz num dever-ser. Por outro lado, deixa-nos sem resposta em todos os casos em que o dano tem origem no comportamento da vítima. Desde logo, há a considerar todos aqueles casos em que se desvela um comportamento do lesado que, concorrentemente, desempenha um papel ativo no processo causal. E não falamos só das hipóteses de concorrência de culpas do lesado – a encerrar a *vexata quaestio* da qualificação do seu âmaguço como um problema atinente à culpa ou à causalidade –, mas também daquelas em que o processo causal tem início num comportamento da vítima, adotado em face da influência psicológica que um terceiro sobre ela exerceu. Lembremo-nos, num exercício de chamada à colação de uma memória predisponível dos problemas com que o sistema se vai debatendo, das situações já referidas de responsabilidade por informações²².

Ao mesmo tempo, conduz a uma extensão desmedida da responsabilidade²³. Na verdade, o imbricamento em cadeia de acontecimentos opera-se com uma tal voracidade na realidade prática que torna imprestável um critério assente na pura conexão causal²⁴⁻²⁵. Do mesmo

²² Na verdade, sempre que o processo causal seja integrado por uma dimensão psicológica torna-se extremamente difícil, ou mesmo impossível, raciocinar em termos contrafactuais. Será que, sem o conselho recebido, o lesado teria atuado de forma diferente? Mas isso não afeta o núcleo de autonomia que predica a decisão em que radica, afinal, o agir humano?

Em rigor, e como evidenciado *supra*, semelhantes dificuldades são experimentadas, em face do mesmo contexto problemático, no quadro da causalidade adequada.

²³ Nesse sentido, cf. Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 84, 1959, 22-23; Pereira COELHO, “O nexo de causalidade”, 189 s.; Antunes VARELA, *Das obrigações*, 884-885; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, 761-762; Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999, 390 s. e *Direito das Obrigações*, 1º vol., AAFDL, Lisboa, 1975/1976, 569 e 573; Sinde MONTEIRO, “Rudimentos da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 2º, 2005, 379; Carneiro da FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade civil, O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 101; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 547 e *Direito das Obrigações*, 334; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, I, Almedina, Coimbra, 2003, 498; Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 404 s.; Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 655; Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 35; Raniero BORDON, *Il nesso di causalità*, 45; G. VALCAVI, “Intorno al rapporto di causalità nel torto civile”, *Rivista di diritto civile*, nº5, 1995, 488.

²⁴ Sobre esta crítica em especial, cf., *inter alia*, Antunes VARELA, *Das obrigações*, 885; Pereira COELHO, “O nexo de causalidade”, 80; Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 67 s.; Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, 359 e n.760.

²⁵ Porque a doutrina da *conditio sine qua non* remonta, como dissemos, ao quadro filosófico de inspiração milliesiana, importa dar aqui nota da advertência feita por Pereira Coelho (cf. “O nexo de causalidade”, 181, n. 1). Na verdade, afirma-se amiúde que a doutrina em causa abre a porta ao infinito. Alerta o jurista português que tal não é necessariamente assim, no quadro filosófico do problema. E não é porque, quando Stuart Mill “define a causa como a totalidade das condições, não compreende entre tais condições também os seus antecedentes mediatos, isto é, as condições das condições”. Cf. Stuart MILL, *A system of logic*, 392 s. Diante da explicação – que, saliente-se, não leva o autor a aderir à posição jurídica equivalente – concita-se uma dúvida e afiguram-se razoáveis alguns esclarecimentos. Em bom rigor, como distinguir as condições das condições, os tais antecedentes mediatos, das condições imediatas e próprias? A imprestabilidade de tal juízo – quando normativamente assumido, ao vestir a roupagem da teoria da equivalência das condições – só se logrará compreender, porém, na bifurcação de perspectivas. Centrando-nos no dano concretamente sofrido, indagamos *ex ante* se ele foi causado pelo comportamento do putativo lesante para, de acordo com a doutrina em apreço, respondermos que sim, sempre que surja como uma condição sem a qual não teria sobrevivido. Pergunta-se, então, e se confluir mais do que uma causa juridicamente atendível como eleger uma como o polo de imputação da responsabilidade? Propositivamente, olhamos para a multiplicidade de danos sobrevividos. Operando a realidade segundo uma cadeia de causas e efeitos, como balizar o dano indemnizável? Contrariamente à pressuposição epistemológica da condicionalidade

passo, mas sem contradição, restringe, noutras situações, a responsabilidade, impedindo uma decisão justa. Pense-se no âmbito de relevância dos casos em abstrato assimiláveis pela intencionalidade problemática do conceito de causalidade cumulativa ou alternativa. A e B disparam ao mesmo tempo sobre C, pelo que nenhum dos ferimentos pode ser visto como condição sem a qual o dano não teria ocorrido, já que qualquer um deles poderia desaparecer, continuando o processo causal a seguir o seu curso letal²⁶.

como padrão explicativo da realidade, do ponto de vista da intencionalidade jurídica ela nada nos comunica, senão a idoneidade do meio para produzir um determinado dano. Tanto mais que, no seio do que pode ser identificado com o kantiano reino dos fins, a estrutura dos acontecimentos é menos linear e mais tentacular.

No plano jurídico, Pereira Coelho mostra-se crítico da doutrina da *conditio sine qua non* exatamente pela “latitude verdadeiramente demarcada e incomportável” que ela fornece à noção de causa (cf. “O nexa de causalidade” 188 e 190 s. Nelas, o autor, afastando visões caricaturais acerca da teoria, mostra que o que releva é saber em que medida o dano pode ser causalmente reconduzido ao facto que viole ou ofenda um direito de outrem).

Também no sentido de mostrar a impraticabilidade da adoção da doutrina da *condition sine qua non* no quadro do direito civil, embora não se pronuncie sobre a prestabilidade da mesma no âmbito penalista, cf. Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização”, 23; Oliveira ASCENSÃO, *Acção finalista e nexa causal*, 115.

Cf., igualmente, Paul ESMEIN, “Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité. Concours des responsabilités. Conventions d’irresponsabilité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1934, tome trentetroisième, 317-369.

Para uma sistematização das críticas apontadas à doutrina, Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 34 s. (alargamento desmesurado do número de potenciais responsáveis, risco de condução da responsabilidade *ad infinitum*, impossibilidade de repartição do encargo ressarcitório entre os diversos coautores ou entre a vítima e um dos autores do dano, insusceptibilidade de resolução dos problemas de sobredeterminação causal).

²⁶ Cf., no mesmo sentido, dando este exemplo, Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 884, n. 1 e 739 s.

Note-se que a crítica pode ser contornada, considerando que o que importa para o estabelecimento da conexão causal é o evento concreto – a morte tal como ela ocorreu – e não abstrato. Cf. Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, 1998, 9, n. 6 e 180 s. [Entre os principais argumentos invocados pelo autor, referência nacional em matéria de causalidade, contam-se o facto de o juízo de condicionalidade dever ser um juízo puro, não devendo resvalar para nenhuma seleção segundo razões atinentes à valia do comportamento e as dúvidas suscitadas pelos casos de causalidade cumulativa]; Vaz SERRA, “Obrigação de indemnizar”, 63-64 e n. 185; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, 5; BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadenrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 158, 1959, 416 [De BYDLINSKI veja-se, porém, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, F. Enke, Estugarda, 1964, 17, colocando em evidência algumas das aporias a que pode conduzir a consideração do resultado em concreto]; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, 499; Gerald de CARVALHO, “A causalidade. Subsídios para uma teoria da responsabilidade jurídica em geral” (capítulo de livro em preparação), *Colectânea de Jurisprudência*, ano VII, tomo 4, 1982, Coimbra, 26 s.; Jorge Carlos da FONSECA, “A relevância negativa da causa virtual ou hipotética na responsabilidade civil (Delimitação do problema. Sua incidência no Direito Português)”, *Revista Jurídica*, AAFDL, nº4, 1984, 43; HART e HONORÉ, *Causation in the law*, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford, 2002, 124, 235, 252 s.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, 14 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1987, 360; Christoph ROTHENFUSSER, *Kausalität und Nachteil*, Beck, München, 2003, 75-81, mostrando-se crítico da configuração concreta do resultado (cf. pág. 60 s.).

Sobre o ponto, cf., também, Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização”, 95. No âmbito dos trabalhos preparatórios do atual Código Civil, e aderindo previamente à doutrina da causalidade adequada, Vaz Serra pondera uma hipótese prática com uma intencionalidade análoga à que problematizámos em texto. Relativamente a ela, pode aí ler-se: “poderia julgar-se que falta a conexão causal entre o facto e um dos autores e o dano, pois esse facto não é condição *sine qua non* do dano. No entanto, tal não seria razoável. A vítima ficaria sem indemnização apesar de o facto de qualquer dos autores ter sido suficiente para produzir o dano. Portanto, deve cada um deles considerar-se responsável pelo dano total”. Note-se que o discurso do civilista se dirige à doutrina da causalidade adequada, mostrando, em sintonia com o que posteriormente denunciaremos, que, ao partir-se da doutrina da equivalência das condições para a corrigirmos, continuamos a ser contagiados com alguns dos seus anátemas. Saliente-se, ainda, que em debate está a possibilidade de, no seio do ordenamento jurídico pátrio, se chegar a uma solução como a que é viabilizada pelo §830 BGB.

Mais se diga que, no que à teoria da *conditio sine qua non* tange, a possibilidade corretiva a que aqui aludimos se traduz, afinal, na total subversão do seu núcleo predicativo, já que com ela deixa-se de conseguir eliminar os acontecimentos irrelevantes para a emergência do resultado.

Acerca desta problemática, veja-se, ainda, com amplo desenvolvimento, Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 659 s. Fala o autor, ademais, num outro desafio lançado às teorias por si designadas de contrafactuais, a coincidir com a problemática da causalidade virtual, que receberia uma possível resposta com base no argumento da conformação concreta do resultado. E nesse ensejo, dualiza as posições dos autores, agrupando-as entre aqueles

3.2. A doutrina da causalidade adequada

Em face das inconcludências da doutrina da condicionalidade, os autores passaram, com formulações diversas, a propor um entendimento causal que – aparentemente – se afasta de uma impositação naturalista e lógica para abraçar, do ponto de vista da juridicidade, a específica intencionalidade que a predica²⁷. Já não se indaga qual a causa do dano, mas olha-se para o comportamento do lesante para ver se, em abstrato, ele é ou não idóneo a produzir um dano daquele tipo. Encontra-se, por isso, o ponto de clivagem entre esta perspetiva e as doutrinas que se integram naquilo que Honoré apelidou de *necessity theories* e de *explanatory theories*²⁸. A questão que passa a orientar o jurista é – numa formulação positiva – a de saber se é normal e adequado (provável) que aquele tipo de comportamento gere aquele tipo de dano; ou – numa formulação negativa – a de saber se é de todo indiferente para a produção de um dano daquele tipo um comportamento como o do lesante.

Sobre a doutrina da causalidade adequada haveremos desde já de considerar que ela não constitui um magma uniforme. Pelo contrário, no seu seio albergam-se formulações absolutamente díspares que vão desde uma visão probabilística-estatística, que quadra mal com a intencionalidade jurídica, até um conceito normativizado de causalidade. O certo, porém, é que mesmo numa visão normativa de adequação as inconcludências a que a doutrina aporta o jurista não são de pequena monta²⁹.

segundo os quais “é indispensável abstrair de algumas características do resultado, de acordo com um critério jurídico, sob pena de se chegar a resultados estranhos” e aqueloutros para quem há que “considerar o resultado na sua configuração concreta, com as suas características individualizadoras, isto é, tal como ocorreu, naquele momento e lugar e daquele modo”. Entre os primeiros encontrar-se-ia Traeger; entre os segundos Müller e Engisch. Ponderando argumentos a favor e contra cada uma das posições, Paulo Mota Pinto erige como nóculo problemático central destas lucubrações a indagação: “o problema é, pois, o de saber qual é a configuração concreta do resultado relevante e o que são circunstâncias adjacentes irrelevantes: a separação entre circunstâncias ou elementos laterais em relação à produção do resultado e irrelevantes para este (mas que o caracterizam em concreto), por um lado, e circunstâncias ou elementos relevantes para o resultado.” [A propósito do pensamento de MÜLLER, cf. *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, Mohr, Tübingen, 1912].

No fundo, parece resultar a dificuldade do facto de contra cada uma das posições poderem ser desferidas críticas que as atingem no seu cerne. Assim, no que à conformação concreta do resultado concerne, há que considerar a consequência da elevação de todas as circunstâncias acidentais a fatores causais (cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 661s., acompanhando de perto a lição de CANARIS vertida em “Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens und ihre Grundlagen”, Franz HÄUSER *et alii*, *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 2004, 3-24, aqui 13-14), bem como o facto de ela permitir “obter as conclusões causais que se pretender, manipulando a descrição do resultado, isto é, incluindo na descrição do resultado concreto justamente aquelas circunstâncias para as quais aquela pessoa, cujo comportamento se pretende que seja considerado causal para o resultado, põe uma condição necessária, caindo assim num círculo vicioso” (Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 663), pelo que se exigiria a seleção dos elementos relevantes à luz da intencionalidade da norma. É, aliás, essa a posição de CANARIS (cf. “Die Vermutung aufklärungsrichtigen”, 15). Sobre a consideração do resultado em concreto, v., igualmente, Wolfgang B. SCHÜNEMANN, “Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie? AG und LG Regensburg, VersR 1977, 459”, *Juristische Schulung*, 19. Jahrgang, Heft 1, 1979, 22; e Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 43.

²⁷ A teoria, tendo origem doutrinal, terá sido consagrada na jurisprudência tudesca em 1913 e confirmada em 1951, a propósito do naufrágio do navio *Edelweiss* – cf. HART/HONORÉ, *Causation*, 474 s. Com a mesma referência, acrescentando ainda um outro acórdão, datado de 1972, v. FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches*, 111.

²⁸ A propósito da classificação das teorias causais, cf. Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 23 s.

Para outros desenvolvimentos e uma enunciação destas diversas doutrinas, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*, 86 s.

²⁹ Para um acompanhamento mais pormenorizado das diversas críticas que lançamos sobre a causalidade adequada, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*, 99 s., bem como a demais bibliografia aí citada.

Assim, colocam-se desde logo problemas ao nível da descrição dos *relatas*, isto é, dos termos a relacionar. Na verdade, se se perguntar “é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de uma pessoa”, a resposta será, em princípio, negativa. Mas, se se perguntar “é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de um hemofílico em último grau”, a resposta pode já ser afirmativa. Quer isto dizer que consoante a descrição que se faça dos eventos, assim a resposta já vai contida na indagação. E não será fácil optar por uma descrição dos *relata* em abstrato – porque se perde a necessária relevância do caso concreto – ou em concreto, porque a pormenorização pode, de facto, condicionar uma solução que, *a priori*, não deveria estar estabelecida. Isto quer dizer, no fundo, que – consoante afirmam certos autores – a adequação é critério de coisa alguma, uma fórmula vazia (*Leeformel*)³⁰.

Por outro lado, coloca-se o problema de saber qual o ponto de vista que se deve adotar nesta indagação: o ponto de vista do sujeito que atuou, o ponto de vista do homem médio ou o ponto de vista do observador ótimo e experiente? E devem ou não ter-se em conta os conhecimentos efetivos do lesante que, em concreto, podem alterar o juízo de prognose a encetar? Basta pensar, por exemplo, na hipótese em que o sujeito sabia da hemofilia da vítima e por isso desferiu contra ela um golpe. Mas, ao considerarmos esta probabilidade corrigida por índices de subjetividade, não estamos a aproximar-nos da culpa e da previsibilidade, sendo certo que os autores a rejeitam – e bem – para estabelecer o nexa de causalidade? O mesmo não se poderá perguntar se o nosso juízo um juízo *ex ante*? Mas, por outro lado, se o juízo for absolutamente objetivo e formulado *ex post*, não estaremos a condenar-nos a uma resposta de tipo estatístico que quadra mal com a intencionalidade predicativa da juridicidade e nos afasta de soluções justas, como no exemplo apresentado anteriormente? E, *in fine*, qual o grau de probabilidade que deve ser requerido?

A causalidade adequada mostra-se ainda falha noutras situações. Em primeiro lugar, ela não nos oferece uma resposta satisfatória sempre que esteja em causa a chamada causalidade psicológica, isto é, sempre que o sujeito atua para levar o lesado ou um terceiro a agir. Do mesmo modo, mostra-se insuficiente nas hipóteses de causalidade cumulativa necessária. Por último, ao partir de uma ideia de condicionalidade, acaba por ficar refém dos problemas anteriormente patenteados.

3.3. A teoria do escopo da norma violada

A doutrina do escopo da norma violada desliga-se da linguagem causal e resolve o problema da delimitação dos danos a indemnizar, na sequência de um ato ilícito e culposo, a partir de considerações de tipo normativo, centradas na indagação da finalidade da norma violada³¹.

³⁰ Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade*, 534, ao afirmar que ela não é bitola de coisa nenhuma, mas “espaço que iremos preenchendo com base no senso comum e em juízos de tipo ético”; Menezes LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005, 325; Günther BERNERT, “Die Leeformel von der Adäquanz”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 169, 1969,421-442

³¹ Cf. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, Bd. I, De Gruyter, Berlin, 1936, 495 s.; Hermann LANGE, *Empfiehet es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden? Gutachten für den 43.*

Com base numa interpretação teleológica desta, perscruta-se a resposta para três segmentos problemáticos: quais os sujeitos que a norma visava tutelar?; que tipo de interesses eram por ela protegidos?; qual a forma de surgimento dos danos que ela proscovia³²?

Se é certo que, com base nesta doutrina, não somos conduzidos às aporias que a probabilidade nos comunica, não menos certo é que parece que ficamos dependentes da existência de uma norma da qual se possa determinar o escopo violado. Percebe-se, por isso, que alguns autores se mostrem particularmente interessados na doutrina a propósito da segunda modalidade de ilicitude. Mas percebe-se, também, que ela não nos satisfaça como resposta global ao problema causal, no seio da responsabilidade civil. Ademais, mantém-se presa a uma visão linear do problema, que não tem em conta a complexidade conformativa das sociedades atuais.

4. De uma visão unitária da causalidade a uma perspectiva binária: a causalidade fundamentadora e preenchedora da responsabilidade

Qualquer uma destas teorias afirmou-se como um critério de conexão entre o comportamento do lesante e os danos subsequentes, que deveriam ser indemnizados. De facto, tradicionalmente, o nexo de causalidade, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, era entendido de um modo unitário. Com o requisito, pretendia-se estabelecer a ligação – imposta por razões de justiça comutativa e pelo verdadeiro sentido da responsabilidade – entre o comportamento ilícito e culposo do agente (lesante) e os danos a indemnizar.

Mais recentemente, fruto da influência que o ordenamento jurídico alemão exerce sobre o nosso modelo delitual, os autores passaram a referir-se, com mais ou menos acutilância, à *summa divisio* entre a causalidade fundamentadora e a causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira teria como função ligar o comportamento do sujeito à lesão do

Deutschen Juristag, Mohr, Tübingen, 1960, 38 s.; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht* Band I, *Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8. Aufl. 1995; Teilband 2, 8. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2000, 210 s.; Joseph G. WOLF, *Der Normweck im Deliktsrecht: Ein Diskussionsbeitrag*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1962, 14 s.; Thomas RAISER, „Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm“, *Juristenzeitung*, 18, Heft 15, 1963, 462 s.; Ulrich HUBER, „Normzwecktheorie und Adäquanztheorie“, 677 a 684; Hans STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, 400; WILBURG, *Die Element des Schadensrechts*, 244 s.; Erich SCHIECKEDANZ, „Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 24. Jahrgang, Heft 21, 1. Halbband, 1971, 916 s.; BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung*, 63 s.; M. GRONDONA, „Responsabilità del medico, nesso di causalità, risarcimento del danno morale riflesso: la Cassazione fa il punto“, *Danno e responsabilità*, nº2, 2000, 157 a 165, aqui 162; Paolo CENDON, „Condotta dolosa e causalità giuridica“, *Persona e danno* (a cura di Paolo CENDON), Giuffrè Editore, Milano, 2004, 5266 a 5298, em particular 5275; M. BARCELLONA, „Scopo della norma violata: interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana“, *Revista di Diritto Civile*, I, 1973, 311 a 371. Entre nós, aderindo à doutrina, cf., *inter alia*, Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil*, 535; Menezes LEITÃO, *A responsabilidade do gestor*, 326; Gomes da SILVA, *O dever de prestar*, 231. Veja-se, ainda, para outras considerações, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 269.

³² Cf. M. HONORÉ, „Causation and remoteness of damage“, 60; Helmut KOZIOL, „Causation under Austrian“, *Unification of tort law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, 12. Para uma compreensão da importância da resposta a cada um dos segmentos elencados, cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 249, para quem se deve perguntar quem a norma protege, o que protege e de quê protege; Antunes VARELA, *Das obrigações*, 539. Veja-se, igualmente, Wolfgang FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9 Aufl., De Gruyter, Berlin, New York, 1997, 755-756 e 775 s. (FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10. Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006, 793 s.); Raniero BORDON, *Il nesso di causalità*, 84.

direito subjetivo ou do interesse³³; a segunda serviria para estabelecer o nexa entre a lesão do direito ou do interesse e os danos subsequentes que avultassem.

A cisão não está, contudo, isenta de controvérsia. Desde logo, não é acolhida em todos os ordenamentos jurídicos. Na Alemanha os autores distinguem *expressis verbis* a *haftungsbegründende Kausalität* da *haftungsausfüllende Kausalität*³⁴.

Mas, noutras latitudes a divisão não é claramente aceite ou é mesmo ignorada³⁵. Em rigor, embora algumas diferenciações sejam estabelecidas no quadro da causalidade, fora do mundo

³³ Problematizar-se-á, portanto, sempre que a nossa perspetiva se centre na lesão de um direito subjetivo absoluto, seja ela uma lesão primária ou subsequente à prévia lesão de outro direito absoluto. Mas a causalidade fundamentadora da responsabilidade, como veremos, pode também ser relevante no quadro da segunda modalidade de responsabilidade civil. Menos relevante passará a ser no quadro da terceira modalidade de ilicitude.

³⁴ Cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904, 219; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8 Aufl., 1995, 210 (cf. também pág. 521, afirmando que o nexa de causalidade cumpre uma função positiva de imputação e uma função negativa de delimitação dos danos); LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*, 14 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1987, 432; ENNECCERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse*, 15 Aufl., Mohr, Tübingen, 1958, 60; Ulrich MAGNUS, "Causation in german tort law", *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, 63; Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, 545 s.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9 Aufl., De Gruyter, Berlin, New York, 1997, 290-292 (Cf., também, FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10 Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006, 299 s.); ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl., Carl Heymanns Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, 84 (considerando, ademais, que a causalidade fundamentadora da responsabilidade não necessita de ser adequada, não tendo de se verificar o requisito da adequação também ao nível das disposições de proteção de interesses alheios); Hermann LANGE, Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts. Schadenersatz*, 3 Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, 77 s.; Hennig LÖWE, *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadenersatzrecht. Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroleine – Urteil des Bundesgerichtshofs und des Draehmpaehl – Urteil des Europäischen Gerichtshofs*, Peter Lang, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtsissenschaft, Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 1999/2000, 106, 115 e 230 s.; Hans STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, 392 s.; Cees Van DAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, 2006, 270 s.; B. WINIGER/H. KOZIOL/B.A.KOCH/R. ZIMMERMANN (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1, *Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien, New York, 2007, 7 e 593 s.; KRAMER, "Schutzgesetze und adäquate Kausalität", *Juristenzeitung*, 31, Heft 11/12, 1976, 338 s., onde, estabelecendo-se a mesma distinção, o autor fala de *Folgeschäden* como sinónimo de *haftungsausfüllende Kausalität*; GOTZLER, *Rechtsmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, Beck, München, 1977, 101 s.; Fritz LINDENMAIER, "Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeverkehrsbedingungen", *Festschrift für Wüstendörfer*, *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreuzehnter Band (113), 1950, 207 s., em especial pág. 214 s. (distinguindo a dupla função da causalidade: *haftungsauslösender Kausalität* e *haftungsbegründende Kausalität*); Ulrich HUBER, "Normzwecktheorie und Adäquanztheorie. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968", *Juristenzeitung*, 21, 1969, 678; Gregor CHRISTANDL, "BHG, 12 febbraio 2008, VI ZR 221/06 (OLG Saarbrücken) – Responsabilità medica: causalità e onere della prova nel diritto tedesco", *Persona e Danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx; Hein KÖTZ, / Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, 59; Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München, 2000, 25-26

³⁵ HART e HONORÉ, *Causation in the law*, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford, 2002 (reprinted), 84-85; Leon GREEN, "The causal relation issue in negligence law", *Michigan Law Review*, vol. 60, nº5, 1962, 574; Stathis BANAKAS, « Causalité juridique et imputation: réflexions sur quelques développements récents en droit anglais », www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267949_banakas.pdf; Id., "Causalité juridique et imputation. Réflexions sur quelques développements récents en droit anglais", *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile, actes du colloque des 15 et 16 décembre 2006, Faculté de droit et de science politiques de Rennes, Revue Lamy Droit Civil*, 2007/40, nº2641, 94 s.; Geneviève VINEY e Patrice JOURDAIN, *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin: Les effets de la responsabilité*, 2^a edição, LGDJ, Paris, 2001, 197; François-Paul BENOIT, "Essai sur les conditions de la responsabilité civile en droit public et privé. Problèmes de causalité et d'imputabilité", *JCP, La semaine juridique*, 1957, I, 1351; Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de*

germânico, parece que só em Itália³⁶ e em Portugal a dicotomia é assumida explicitamente. Se ali é a jurisprudência que, para lá dos contributos doutrinários, adota a terminologia alemã³⁷, em Portugal parece ser a doutrina que colhe a influência aludida³⁸.

Por outro lado, contra ela levantam-se algumas vozes³⁹. Consideram os autores que, sendo comum hodiernamente a separação entre a *haftungsbegründende* e a *haftungsausfüllende*

la responsabilité civile, Dalloz, 2010, 11, 205 e 348, considerando que o conceito de causalidade em responsabilidade civil é único, mas integra duas porções de nexa causal diferentes: um entre o facto lesivo e o dano, fazendo avultar a causalidade como condição da responsabilidade civil, e outro que se estende à obrigação de reparação (note-se que o autor considera que o dano deve ser visto como uma espécie de *pivot*, em torno do qual se articula o nexa de causalidade, distinguindo-se do prejuízo. Veja-se pág. 207, onde somos confrontados com a segmentação causal, questionando, designadamente, a propriedade da diferenciação de valoração dos problemas); R. CHAPELARD, *Le préjudice indemnisable dans la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, Grenoble, 1981, 152 s., considerando que existem dois nexos de causalidade, que se distinguem conceptual e funcionalmente (cf. pág. 153, págs. 157 s.) e que são apreciados de diversos modos (cf. pág. 170).

³⁶ Cf. Gino GORLA, “Sulla cosiddetta causalità giuridica “fatto dannoso e conseguenze”, *Rivista di Diritto Commercial e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, anno XLIX, 1951, 405 s. [o autor relaciona a distinção com aquela outra entre o dano evento e o dano consequência e considera que ela está conotada com modelos de valoração específicos] e PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 1992, 88; CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale*, 49; PIETRO TRIMARCHI, *Causalità e danno*, 17 (cf., também, do autor, “La causalità nella responsabilità civile”, *Persona e danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/011251_resource1_orig.pdf, 1, onde explica a importância de se distinguir a causalidade do evento danoso da causalidade da existência do dano; Cláudio TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, 344; Alberto MONNOSI, “Prova dell’inadempimento e liquidazione del danno”, *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, 1025 a 1044; Carlo ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Cedam, Padova, 1990, 9 s.; FRANCESCO GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. 3, Cedam, 2010, 170; Raniero BORDON, *Il nesso di causalità*, Utet Giuridica, Torino, 2006, 31 s.; BORDON/ROSSI/TRAMONTANO, *La nuova responsabilità civile, Causalità – Responsabilità oggettiva – Lavoro*, Utet, Torino, 2011, 33 s.

³⁷ Cf. Cassazione 15 Outubro de 1999, in *Foro italiano*, 2000, I, 1917; vide igualmente M. GRAZIADEI/D. MIGLIASSO, “Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität – Italy”, in B. WINIGER/H. KOZIOL/B.A. KOCH/R. ZIMMERMANN (eds.), *Digest of European Tort Law – vol. I – Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien, New York, 2007, 602s.

³⁸ Com grande desenvolvimento (bem como com uma extensa lista de referências bibliográficas), cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 640 s., 924 s., nota 1834, 928 s., nota 2605 [a quem devemos importantes referências bibliográficas na matéria]; e, com importância nuclear no modelo de responsabilidade civil que propomos e na concepção de causalidade, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Príncipeia, 2013; Mafalda Miranda BARBOSA, *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspetivas em matéria de nexa de causalidade*, Príncipeia, 2014; Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Príncipeia, 2017.

No quadro da doutrina portuguesa, veja-se, igualmente, Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, 337, *Teoria da confiança*, 304; e *Direito Civil/Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 100; Brandão PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Almedina, Coimbra, 1997, 429-430; Cunha GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Coimbra, 1929, XII, 441; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, 507; Pitta e CUNHA, *Omissão e dever de agir em direito civil. Contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão*, Almedina, Coimbra, 1999, 50; Gomes da SILVA, *O dever de prestar*, 65 s.; Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, Almedina, Coimbra, 2007, 67, n. 157 [não considerando a distinção, refere-se, contudo, expressamente a ela]; Pedro de ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Almedina, Coimbra, 2006, 143, n. 426 [em sentido crítico].

³⁹ Negam a pertinência da dicotomia, ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach §823 I BGB”, *Juristenzeitung*, 1980, 10 s.; Ernst WOLF, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, Carl Heymann, Köln, Berlin, 1978, 205; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell’illecito civile*, CEDAM, Padova, 1960, 21 s. Pronunciando-se em sentido crítico, vide, ainda, GRUNSKY, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch vor §249*, Rdnr. 39; Pablo Salvador CODERCH, “Recensión a Cees Van Dam, European Tort Law”, *Indret* 2/2007, www.indret.com, 3; GOTTWALD, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung: zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß*, Beck, München, 1979, 49 s. e 81 s. Vide, igualmente, Bernd SCHILDER e Wolfgang KLEWEIN, “Österreich”, in CHRISTIAN VON BAR (hrsg.), *Deliktrecht in Europa, Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen*,

Kausalität, é difícil encontrar um critério plausível de distinção, pelo que salientam que a mesma diz respeito a uma diversa forma como o problema é perspectivado. No fundo, segundo o seu entendimento, se perguntamos em que medida a lesão é imputável a alguém, estamos a localizar-nos no primeiro dano e é a primeira forma de causalidade a emergir; se, pelo contrário, focarmos o olhar na vítima e indagarmos qual a medida do seu dano que deve ser indemnizado, então, estamos a colocar o enfoque no dano subsequente. Acresce que, de acordo com a argumentação oferecida por alguns pensadores, se uma das razões de ser para a separação entre os dois tipos de causalidade passa pela diferenciação de critérios de estabelecimento da causalidade, num e noutro segmento problemático, então ela perderia qualquer fundamento em face de hipóteses como aquela em que A destrói a vedação da propriedade de B, o que provoca a fuga de algumas vacas, já que quer a ligação entre o comportamento do lesante e a lesão da propriedade, quer a ligação entre a lesão da propriedade e a fuga das vacas, na explanação de Zimmermann e Kleinschmidt⁴⁰, implicariam a chamada à colação do teste da *conditio sine qua non*.

Não só não cremos que os argumentos avançados procedam, como há boas razões para sustentar a bipartição em análise. Não obstante as críticas que alguns autores fazem derramar sobre a distinção entre a causalidade fundamentadora e a causalidade preenchedora da responsabilidade, parece-nos que ela se afigura essencial em face do modelo ressarcitório com que lidamos. A este propósito, Paulo Mota Pinto, considerando que a formulação rigorosa da cisão suscita problemas, a que não é imune a própria relevância dela⁴¹, vem afirmar que há vantagens claras no seu estabelecimento: permite separar o direito da responsabilidade do direito da indemnização, ao mesmo tempo que pode ser relevante para delimitar os poderes do Tribunal na decisão sobre a existência de um dano e o seu quantitativo, permitindo-se um aligeiramento da prova para a causalidade preenchedora da responsabilidade. Para Paulo Mota Pinto, a “distinção não é uma determinação da natureza das coisas, mas deve ser adotada e como distinção entre dois nexos de causalidade e não apenas como um problema de causalidade e um outro de avaliação e medida dos danos”⁴². E deve sê-lo porque “a distinção é necessária nos casos em que a conduta do responsável não seja relevante sem mais, mas apenas na medida em que preenche uma previsão legal que concede relevância a um resultado lesivo”. Ou seja, e acompanhando a fundamentação da dicotomia oferecida pelo autor, ela “compreende-se se considerarmos a necessidade delimitadora da responsabilidade segundo certas hipóteses: dada a ausência de uma responsabilidade por danos patrimoniais (isto é, dada a responsabilidade civil estar delimitada por hipóteses de responsabilidade que consideram relevantes determinadas ofensas e portanto a imediata relação entre um comportamento e certos prejuízos não ser, só por si, relevante para a sua imputação juridicamente relevante), a admissão do dever de indemnizar tem de exigir não só a relação entre o comportamento e um determinado evento lesivo integrador da responsabilidade, como a relação entre aquele e os danos a reparar”, assentando positivamente na diferença

Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, 64; Angelo LUMINOSO, “Possibilità, realtà o necessità della relazione causale”, *Studi economico-giuridici*, vol. LIII, 1989-1990, 219; Christian von BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. 2, Clarendon Press, Oxford, 2000, 454, n.231, dando nota que em alguns ordenamentos jurídicos, como o Holandês, se abandonou a distinção.

⁴⁰ ZIMMERMANN/KLEINSCHMIDT, in *Digest of European Tort Law*, I, 594-595,

⁴¹ Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 924-925.

⁴² Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 927.

que separa a previsão do artigo 563º - referente à causalidade preenchedora da responsabilidade – da pressuposição da causalidade fundamentadora da responsabilidade contida no artigo 483º⁴³.

Assim, e em primeiro lugar, cumpre salientar que a cisão se torna particularmente relevante no quadro de um ordenamento jurídico como o nosso em que somos confrontados – como requisito inultrapassável para a procedência de uma pretensão indemnizatória – com a exigência de verificação de ilicitude assente no resultado (violação de um direito absoluto ou de um interesse legalmente protegido). Na ausência de uma proteção geral do património, o artigo 483º CC desenha como centro nevrálgico da responsabilidade a violação de direitos. Ademais, a ilicitude é – para salvaguarda da separação entre o ilícito e a culpa – desvelada por via do resultado⁴⁴. Isto faz com que, do ponto de vista dogmático, seja imperioso saber se a lesão do direito pode ou não ser reconduzida ao comportamento do pretense lesante. Em determinadas situações, será, aliás, esta a única via para se extrair uma conclusão acerca da própria ilicitude. É que, como bem se compreenderá, não é possível dizer que há ilicitude quando a morte, podendo estar relacionada com o comportamento do sujeito x, é o resultado das forças da natureza. Não obstante, a eleição destas forças como “autoras” da lesão não deriva, exclusivamente ou sequer, do apego a um pensamento naturalista, de tipo determinista ou não. Só os critérios forjados com base na intencionalidade predicativa da juridicidade são aptos a encontrar uma resposta que se pretende normativamente justa e materialmente adequada. Por outro lado, esta cisão releva-se ainda determinante à luz da finalidade reipersecutória da própria responsabilidade. Gert Brüggemeier afirma que a dicotomia espelha a diferença que se estabelece entre a lesão do interesse e o dano. Para que haja responsabilidade, é necessário que haja uma lesão de um bem jurídico ou de um interesse protegido que seja imputável a um sujeito diverso daquele que o titula. Problematisa-se, assim, o fundamento da responsabilidade, devendo-se posteriormente saber que danos são indemnizáveis ou não, na medida em que devem ser causados através da lesão do interesse⁴⁵.

Se assim é, então, percebemos que a maior ou menor relevância da cisão (e a maior ou menor dificuldade de ela se operar) fica dependente da modalidade de ilicitude com base na qual se fundamenta a responsabilidade. Hermann Lange e Gottfried Schiemann chegam mesmo a afirmar que a distinção entre estas duas formas de causalidade não se aplica se a lei se fixar no nexa de causalidade entre um comportamento específico – como, por exemplo, a condução em excesso de velocidade, relevante nos termos do § 823 II BGB – ou um determinado processo operativo – responsabilidade objectiva – e o prejuízo. A conclusão dos autores não pode ser acolhida sem mais. Na verdade, no quadro da segunda modalidade de ilicitude, porque não nos confrontamos apenas com um desvalor de conduta, mas também de resultado, a distinção continua a fazer sentido. Ela fica, contudo, dependente da estrutura da própria norma violada. Já no tocante ao abuso do direito, a distinção parece esbater-se.

⁴³ Cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 928 s. e n. 2605; e 640, n.1834.

⁴⁴ Dando conta disto mesmo, com amplo desenvolvimento entre nós, cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 640 s.; 924 s., n. 1834.

⁴⁵ Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*, 545 s.

Importa, ainda, sublinhar que alguns autores, considerando embora que a distinção pode fazer sentido, adiantam que ela não teria importância no quadro da causalidade fundamentadora da responsabilidade, porque a obrigação de indemnização é limitada por meio da culpa⁴⁶. Ora, a verdade é que a resposta que a culpa nos oferece a este nível não se mostra bastante para garantir a bondade do juízo imputacional. Na verdade, pode haver culpa e não existir imputação objetiva. É claro que a conclusão seria essa se nos ativessemos à doutrina da causalidade adequada. Contudo, como veremos esta deve ser substituída por uma perspectiva imputacional que nos leva mais longe.

Em suma, a bipartição entre a causalidade fundamentadora e a causalidade preenchedora da responsabilidade impõe-se pela estruturação da ilicitude no resultado e não na conduta e pela necessidade de ligar o resultado advindo ao comportamento do sujeito. Mas não só. Ela torna-se, igualmente, necessária em face de problemas concretos em que a recondução do dano à violação do direito não se apresenta absolutamente clara. Estamos, no fundo, a pensar em todas aquelas hipóteses em que, de acordo com uma visão unitária da causalidade, a que se acresce uma prisão à ideia de adequação, o jurista ficaria sem critério para afastar a responsabilidade por determinados danos, em relação aos quais o sentido do justo aconselhava o não ressarcimento. Pense-se, por exemplo, nos infelizmente famosos casos da prostituta. Em 6 de Julho de 1976, o *Bundesgerichtshof*⁴⁷ pronunciou-se sobre um caso com a seguinte intencionalidade problemática: A, prostitua, é lesada por B num acidente. Em virtude da lesão, deixa de poder trabalhar durante trinta dias. Num dia normal de trabalho, A tinha cerca de 15/20 clientes, pelo que se verifica uma perda de rendimentos fruto da incapacidade temporária. Considerou o *Bundesgerichtshof* que não havia direito a uma compensação, segundo o § 252 BGB, porque a prostituição é desenvolvida *contra bonos mores*. Admitir a compensação implicaria que o ordenamento jurídico entrasse em contradição consigo mesmo. Mas, o tribunal não desatende totalmente a pretensão. A teve direito a uma montante que cobrisse as necessidades básicas e que poderia ser obtido por uma pessoa saudável em condições normais, já que, de outro modo, o próprio lesante sairia beneficiado⁴⁸.

⁴⁶ Cf. Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 94 s. Veja-se, ainda, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*, 270. Referindo-se, no quadro da segunda modalidade de ilicitude delitual – colimada na violação de disposições legais de protecção de interesses alheios –, à questão da causalidade, o insigne civilista entra em diálogo com as doutrinas da adequação e do fim da norma. Indagando se esta cumpriria a função tradicionalmente cometida à primeira, no âmbito específico já identificado, considera essencial, para uma lograda resposta, distinguir a *haftungsbegründende Kausalität* (causalidade “referida a uma primeira violação de bens jurídico ou a um primeiro dano”) da *haftungsausfüllende Kausalität* (“atinentes aos danos subsequentes”). E conclui que, “com respeito à primeira, na medida em que aquela lesão pressuponha a culpa (mas só nessa medida), parece de facto desnecessário formular o juízo de adequação, o que se antolha uma repetição inútil. Bem menos transparentes nos parecem as coisas com respeito à segunda.

⁴⁷ *Bundesgerichtshof* 6 de Julho de 1976, VI ZR 122/75 (BGHZ 67, 119), in *Digest of European Tort Law*, II, *Essential Cases on Damages*, Berlin, Gruyter, 2011, 350, com comentário de R. Zimmermann e S. Mertens.

⁴⁸ Segundo a explicitação de Zimmermann e Mertens, hoje a prostituição tem um regime especial na Alemanha – *Prostitutionsgesetz*, considerando-se que entre a profissional do sexo e o seu cliente se celebra um contrato. No entanto, esse contrato é ainda considerado *contra bonos mores*, pelo que não perdeu sentido a discussão sobre se deve ou não haver um direito à indemnização. Mais esclarecem os autores que vários são os argumentos que se mobilizam num sentido e noutro. Entre eles, sublinhe-se a ideia de que não se pode oferecer à prostituta uma pretensão indemnizatória mais favorável do que aquela que seria reconhecida a uma pessoa desempregada. Por outro lado, se a obrigação no âmbito do contrato em questão não é exigível, soa estranho que depois possa haver direito a uma indemnização no seio de um contrato – cf. R. ZIMMERMANN/S. MERTENS, *Digest of European Tort Law*, II, 350.

Para outras considerações acerca das situações em que se coloca o problema da responsabilidade pela perda de bens ou rendimentos obtidos ilicitamente, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “Perda de bens e rendimentos obtidos

A verdade é que, de acordo com as tradicionais doutrinas causais e ancorando-nos numa visão unitária da causalidade, a solução seria dificilmente explicada do ponto de vista dogmático. Aliás, cinco anos mais tarde, seria a vez de um tribunal austríaco se pronunciar sobre um caso idêntico⁴⁹. A decisão haveria, então, de ser inversa, tendo sido o pedido da prostituta acolhido, por se considerar que o § 1325 AGBG determina que alguém que sofre uma lesão corporal tem direito a uma indemnização pela perda de lucros, onde se incluem os lucros de uma prostituta⁵⁰. A discussão sobre a validade ou invalidade, colimada na ilicitude ou na violação dos bons costumes (sendo que uma e outra geram, entre nós, a nulidade), podendo ser importante, impede-nos de nos situar no patamar dialógico onde nos devemos encontrar para resolver a questão. A pretensão indemnizatória alicerça-se na violação do direito à integridade física ou, noutros casos, do direito à vida. É inequívoco que, independentemente de estarmos ou não a lidar com uma prostituta, deve ser atribuída uma compensação. A ilicitude desvela-se em concreto. E a partir dela serão, em concreto, discerníveis danos, entre os quais a perda da capacidade para trabalhar. Não basta, porém, que se possam considerar hipoteticamente putativos danos. Pelo contrário, devem ser provados em concreto. Estando em causa a morte da prostituta, os danos patrimoniais integrarão, necessariamente, a perda de rendimentos, tendo em conta a idade da vítima e a esperança de vida profissional futura⁵¹. Lesando-se a sua integridade física, indemnizar-se-ão, em princípio, os lucros cessantes associados à perda de capacidade para trabalhar. Simplesmente, se essa incapacidade for temporária, os danos são computados tendo em conta aquilo que o lesado efetivamente deixou de auferir e não aquilo que ele hipoteticamente poderia ter deixado de auferir, já que a indemnização vai cobrir o que ele receberia se não tivesse existido a lesão e, portanto, vai-se ater a dados dos quais se há-de fazer prova bastante. Para obter uma indemnização, a prostituta teria de provar os rendimentos em concreto que deixou de auferir. Mas isto não seria suficiente. Na verdade, teríamos de ver, partindo da lesão do bem jurídico integridade física, se a utilidade que se perde se integra ou não entre as faculdades que o direito absoluto em causa potencia ao seu titular. Se nenhuma dúvida há quanto à capacidade para trabalhar, e a partir daí obter rendimentos, a prestação de serviços sexuais não pode ser entendida como o exercício de uma profissão. Em apreço passa, portanto, a estar a liberdade de disposição do próprio corpo associada ao direito à integridade física ou, mais genericamente, ao direito geral de personalidade. Simplesmente, esse direito que se invoca ou essa faculdade jurídica – enquanto poder inerente ao conteúdo de um direito subjetivo – que se reclama inexistem em concreto. Na verdade, contra o que é muitas vezes sustentado, a autonomia que se associa ao ser pessoa, base do reconhecimento dos direitos de personalidade pelo ordenamento jurídico, não pode ser entendida no vazio. Significa isto que o direito à integridade física não integra,

ilicitamente – o problema da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, v. 1, nº9, 2017, 2-26.

⁴⁹ *Oberster Gerichtshof*, 12 Maio de 1981, 2 Ob 62/81, SZ 54/70, in *Digest of European Tort Law*, II, 351.

⁵⁰ Cf. *Digest of European Tort Law*, II, 351, considerando-se que não se lida, aqui, com a questão da ilicitude, uma vez que a prostituição não é proibida na Áustria, e que o problema do contrato *contra bonos mores* é irrelevante, por não ser a prostituta obrigada a devolver a remuneração que recebeu, apesar da nulidade do contrato.

⁵¹ Não estamos aqui a considerar outras parcelas do dano que serão atribuídas aos familiares sobreviventes, quer por via sucessória, quer diretamente. Pensamos, designadamente, na compensação dos danos não patrimoniais sofridos pela vítima antes de morrer, do dano da morte, e dos danos sofridos diretamente pelos familiares sobreviventes. Para uma consideração de todos eles, cf. artigo 496º CC. Veja-se, ainda, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “A (im) pertinência da autonomização dos danos puramente morais? Considerações a propósito dos danos morais reflexos”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 45, Jan./Março 2014, 3 s. e *Lições de responsabilidade civil*, Princípiã, 2017.

entre as suas faculdades, uma liberdade mal compreendida de exploração sexual do corpo. Ora, se esta faculdade não se pode reconduzir ao conteúdo do direito violado, não é possível cogitar a indemnização pelo prejuízo constatado. Este prejuízo não é normativamente relevante, por axiologicamente contrariar o próprio fundamento da juridicidade em que nos alicerçamos. A questão resolve-se, portanto, ao nível do preenchimento da responsabilidade.

Também a decisão do *Bundesgerichtshof* de 7 de junho de 1968⁵² parece evidenciar a importância prático-normativa da distinção. O caso relata-se em poucas palavras: A provocou um acidente de trânsito, tendo lesado B que, em virtude do mesmo, se tem de submeter a um exame médico, no decurso do qual se descobre que sofre de uma esclerose cerebral, que, não tendo relação com o acidente, o obriga a reformar antecipadamente. B, posteriormente, demanda A, pela perda de lucros, em virtude da reforma antecipada. Conforme sublinha o *Bundesgerichtshof*, o acidente foi *conditio sine qua non* da cessação da atividade profissional; e pode estabelecer-se uma relação de adequação entre os dois eventos, uma vez que “não está fora da experiência comum que uma lesão na cabeça, como a que B sofreu, conduza à necessidade de um exame médico e ao diagnóstico precoce de uma doença latente que conduz à reforma antecipada”. No entanto, continua o aresto, nem sempre a adequação se afigura um critério justo de limitação da responsabilidade, sendo necessário intervir o critério do âmbito de proteção da norma. Conclui-se, assim, que a proibição de lesar a integridade física de um sujeito não visa evitar a descoberta de doenças que podem conduzir à reforma, por se tratar aí de um risco geral da vida. Em comentário a esta decisão, Zimmermann e Kleinschmidt aduzem que o caso mostra a essencialidade da distinção entre a causalidade fundamentadora e preenchedora da responsabilidade: na verdade, só ela possibilita a aplicação de critérios causais diferenciados consoante estejamos a lidar com o primeiro dano – lesão do direito – ou com os danos subseqüentes/consequenciais.

De modo análogo, a decisão do Tribunal de Recurso de Tessalónica 1316/2001⁵³ parece evidenciar o mesmo, embora os autores, no horizonte dessoutro ordenamento jurídico, não adotem expressamente a terminologia germânica. Em causa estava, novamente, um acidente de viação. Mas, desta feita, o automóvel atropela A e B, sócios de uma sociedade. A e B exigiram uma indemnização pelas despesas em que incorreram, na sequência do acidente, e ainda pela perda de rendimentos causada pela redução dos lucros da sociedade, por sua vez gerada pela incapacidade de ambos trabalharem em prol da atividade daquela. Se nenhuma dúvida se suscitou em relação à responsabilidade em relação a estes danos, levantou-se o problema de saber se a própria sociedade teria ou não direito a uma indemnização pela perda de lucros. Ora, em relação a estes danos – inequivocamente sofridos pela sociedade –, diz-nos Dacronia, em comentário ao aresto, que a *conditio sine qua non* não nos basta, sendo necessário fazer intervir a causalidade adequada⁵⁴.

Não cremos que a solução proposta pelos autores, por referência a cada um dos casos *decidendi*, possa ser acolhida. Se é certo que a diferenciação entre os dois segmentos de causalidade se mostra imprescindível em ambas as situações, não concordamos quer com os

⁵² In *Digest of European Tort Law*, I, 592 s.

⁵³ In *Digest of European Tort Law*, I, 595.

⁵⁴ In *Digest of European Tort Law*, I, 596.

termos da diferenciação proposta, nem com os critérios causais que, a partir dela, são aplicados às hipóteses controvertidas. Assim, no primeiro caso, o que está em causa é a recondução da lesão da saúde (doença neurológica) ao comportamento do sujeito lesante, concluindo-se pelo cotejo da esfera de risco deste com a esfera de risco geral da vida que se deve recusar a imputação; no segundo caso, sempre se haverá de reconhecer que o acidente de automóvel e subsequente lesão da integridade física dos dois sujeitos, sócios de uma sociedade, pode ser visto como causa adequada da perda de rendimentos por parte da sociedade, donde se terá de concluir que também a adequação não servirá para limitar, a este nível, da responsabilidade. Esse limite vamos-lo encontrar na predicação da ilicitude na violação do direito ou – tratando-se de uma hipótese de responsabilidade pelo risco – na exigência de lesão física. Mas, apesar de não podermos acolher acriticamente a posição dos autores, torna-se nítida a importância da questão. Os seus termos são claros. Recapitulando o que dissemos anteriormente, com a causalidade fundamentadora da responsabilidade pretendemos ligar o comportamento do lesante à lesão do direito absoluto ou do interesse protegido; com a causalidade preenchedora da responsabilidade pretendemos estabelecer o liame entre a lesão do direito ou interesse protegido e os danos advindos.

Importa, assim, refletir separadamente acerca de cada um dos segmentos causais, até porque os critérios que os coloram não serão os mesmos.

5. A causalidade fundamentadora da responsabilidade

5.1. De uma perspetiva causal para uma perspetiva imputacional – uma questão metodológico-axiológica

O tratamento que é dispensado à causalidade, com a sua dupla inquirição condicional e causal, torna-se espelho da conceptualização normativística. Consoante nos diz Castanheira Neves, a verdadeira atividade jurídica viria a densificar-se na obtenção, a partir das normas, de uma rede de conceitos aos quais se subsumiriam, posteriormente, os factos⁵⁵. Mais especificamente, para o positivismo, bem como para o escolaticismo medieval e o racionalismo jusnaturalista, o processo de aplicação do direito seria meramente lógico-dedutivo, o que seria possibilitado pelo acompanhamento de um *monismo conceitual naturalista*⁵⁶: “pensa os conceitos como abstrações dos atos da vida social e natural e a norma jurídica como o resultado de uma abstração conceitual de numerosos sucessos da vida jurídica”. Por isso, “entre os conceitos jurídico-legais e os factos era possível estabelecer uma relação lógica”⁵⁷. Assim, e continuando a acompanhar a exposição do autor, “os primeiros [conceitos de facto] seriam conceitos empírico-naturais de determinação causal; conceitos de ser. Os segundos conceitos normativo-teleológicos, de determinação normativa, de valor, de dever-ser”⁵⁸, colocando-se posteriormente o problema do inter-relacionamento entre

⁵⁵ Cf. Castanheira NEVES, *Questão de Facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. A Crise, Almedina, Coimbra, 1967, 53.

⁵⁶ Cf. Castanheira NEVES, *Questão-de-facto*, 130, n. 2.

⁵⁷ Cf. Castanheira NEVES, *Questão-de-facto*, 130, n. 2.

⁵⁸ Cf. Castanheira NEVES, *Questão-de-facto*, 134.

ambos⁵⁹. Ou, de outro modo, mas igualmente significativo, “deste nominalismo jurídico podia inferir-se serem apenas conceitos jurídicos aquelas significações pela lei enunciadas com uma explícita intencionalidade jurídica (...) – i.é, a que quisesse (querer reconhecido por interpretação) ligar um particular relevo ou sentido normativo. Todos os outros seriam, ainda que utilizados em normas, conceitos de facto”⁶⁰.

Tentemos explicitar o que porventura possa ter ficado implícito, orientando-nos simultaneamente para a compreensão do modo como a impostação metodológica se projetou em sede causal.

O neo-kantismo, à sombra do qual se foi edificando o positivismo jurídico, terá comunicado aos cultores de tal paradigma de pensamento o dualismo entre o ser e o dever ser. Ora, se o jurídico se realizava de forma logicista, pela pura subsunção, haveria que encontrar mecanismos – ou uma explicação do ponto de vista teórico – que viabilizassem a transposição entre os dois mundos. Pelo que, em bom rigor, e antes de se poder tecer qualquer comentário acerca do juízo apofântico que aquela encerra, haveria de procurar saber qual a natureza que revestiam os conceitos jurídicos. Isto é, haveria de determinar qual a relação que apresentavam com os conceitos de facto. Para se concluir, então, relevadas que estejam as *nuances* das diversas posições sobre o problema, não ser o conteúdo da norma mais do que um correlato, também ele lógico, das hipóteses suscitadas pelos casos concretos. Sem que tal esgote o paradigma. Patenteia-se, antes, a propósito, uma dupla alternativa: ou o jurídico se reduz à facticidade, permitindo a subsunção; ou o que vem inscrito na norma jurídica ganha o lastro de juridicidade. Apenas lógico-formalmente eles apareceriam como entidades diversas⁶¹. Na verdade, se para uns o conteúdo da norma refletia a realidade do ser, outros houve que se pronunciaram no sentido da juridificação dos conceitos, não deixando, porém, de ser esta uma posição consentânea com a gnoseologia neo-kantiana, posto que se continue a ver “na realidade intencionada pelas normas uma realidade cultural específica, constituída e objetivada por uma referência a valores e assim irreduzível a uma comum e indiferenciada realidade natural”⁶², ou seja, posto que se continue a postular a dualidade atrás

⁵⁹ Fala-nos, em relação com o problema, Castanheira NEVES (*Questão-de-facto*, 135, nota 8) da teoria da redução, a qual aceitaria a especificidade metodológica dos conceitos jurídicos, nisto se distanciando da pureza inicial do naturalismo jurídico. Simplesmente, esta especificidade residiria no critério de seleção, limitando-se o conceito jurídico a optar, no acervo geral dos factos, por aqueles que teriam relevo jurídico, pelo que era possível reduzir os conceitos normativos a conceitos de facto.

⁶⁰ Cf. Castanheira NEVES, *Questão-de-facto*, 137 e n. 10.

Opor-se-ia esta tese àqueloutra segundo a qual “toda a conceptualização que tenha sede nas fórmulas legais é direito ou conceito jurídico” (cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto*, 139).

Castanheira Neves acabaria por se referir, mais detidamente, à posição de autores como Lask, Radbruch, Binder, Kohlrausch, Schwinge, Wolf, Mittasch, Schaddestein: “todos os conceitos enunciados nas normas jurídicas têm o seu sentido e fundamento no *telos* ou em valores que essas normas pressupõem. O fundamento metodológico não reside na referência significativa a uma realidade objetiva pura e simples, mas no particular *modus* de consideração da realidade do ponto de vista dos valores ou pela referência teleológica da realidade a valores. Todos os conceitos jurídicos seriam teleológico-normativos” (cf. Castanheira NEVES, *Questão-de-facto*, 148). Com isto é já a superação do estrito positivismo originário que se vislumbra, sem que, contudo, a superação logre ser cumprida. Mais se diga que neste ponto conseguimos perceber a necessidade de passar da *conditio sine qua non* para a causalidade adequada no quadro das doutrinas emergentes em torno da causalidade.

⁶¹ Cf. Castanheira NEVES, *Questão-de-facto*, 133.

⁶² Esta seria a posição de autores como Mannheim, *apud* Castanheira NEVES, *Questão-de-facto*, 139 e n. 11.

mencionada⁶³. Abre-se, contudo, uma dupla vertente na abordagem da temática. De um lado, o positivismo mais estrito, fiel ao legalismo, a sustentar ser direito tudo aquilo que for prescrito em forma de lei⁶⁴. De outro lado, uma perspetiva que protagoniza uma aproximação paulatina a uma destrição em termos materialmente cunhados, ao sustentar, na esteira do entendimento gnoseológico explicitado, que os elementos do real, quando incorporados na norma, adquirem um sentido normativo⁶⁵. No fundo, e reduzindo a complexidade em que se mergulhou ao ousarmos tratar desta temática, “quer se acentue a subsunção para dar preferência aos conceitos jurídicos, quer se acentue a redução para dar preferência aos conceitos de facto, a conclusão será sempre a mesma no que toca à nossa distinção: num caso tudo será questão-de-direito, no outro tudo será questão-de-facto”⁶⁶. Recorrendo, agora ao nosso verbo, e procurando projetar as considerações expendidas em sede de perceção do modo como vai construída, à época, a noção de causalidade, isto é, passando do plano puramente metodológico para aqueloutro dogmático, torna-se claro o esboço discursivo de que a seguir daremos conta.

Assim, no quadro de um legalismo estrito e primário, que fazia do silogismo a pedra de toque da realização/aplicação do direito, os factos corresponderiam logicamente aos conceitos previstos na hipótese normativa, sendo, por isso, consentâneo com ele um monismo conceptual naturalista. Nesse sentido, o nexo de causalidade, mesmo que apreendido pelo

⁶³ Sobre o problema da conceptualização jurídica, cf. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 2ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007 (tradução de António Ulisses Cortês), 140 s.

⁶⁴ Cf. Castanheira NEVES, *Questão-de-facto*, 139, nota 11.

⁶⁵ Cf. Castanheira NEVES, *Questão-de-facto*, 139 s., que aqui continuamos a acompanhar de muito perto. Note-se estarmos ainda longe de uma verdadeira materialização da dicotomia. Basta atentar no pensamento de Zitelmann, citado pelo insigne jurista português. Ao falar de conceitos descritivos e de conceitos normativos, reserva para os primeiros as descrições, efetuadas pelo legislador, dos pressupostos factuais dos efeitos jurídicos, considerando que os segundos “se referiam a objetos de carácter estritamente jurídico ou enunciavam uma significação que implicava um juízo de avaliação, jurídico ou outro” (cf. p. 147, nota 17).

Diferente seria, pois, uma posição que defendesse uma autonomia “não apenas formal, mas materialmente qualificativa dos conceitos e significações jurídicas”. Cf. p. 148. Salientando que o ponto de vista é aqui diverso, Castanheira Neves sublinha que “todos os conceitos enunciados nas normas jurídicas têm o seu sentido e fundamento no *telos* ou em valores que essas normas pressupõem. O fundamento metodológico não reside na referência significativa a uma realidade objetiva pura e simples, mas no particular *modus* de consideração da realidade do ponto de vista dos valores ou pela referência teleológica da realidade a esses valores”, pelo que, para autores como Wolf, todos os conceitos “têm uma natureza axiológico-normativa que os torna absolutamente distintos de quaisquer outros conceitos que utilizem a mesma expressão verbal”, com o que são os factos que perdem a pureza inicial para se converterem em factos jurídicos, passando a exigir-se “a mediação de um específico e autónomo ato constitutivo” que seria reconhecido na segunda fase da teoria subsuntiva (cf. p. 152).

Saliente-se, *in fine*, no quadro da teoria subsuntiva, que àqueles que sustentam uma relação estabelecida entre dois conceitos se opõem, pela insustentabilidade da posição mesmo do ponto de vista idealista, para quem a realidade, a que só se acede por meio das categorias *a priori* do sujeito, não deixa por isso de existir, aqueloutros para quem o facto se refere, efetivamente, a factos reais que são depois predicados juridicamente. Cf. págs. 156 e 159. No fundo, a teoria subsuntiva viria já a considerar, numa fase posterior do seu desenvolvimento, que “a aplicação do direito implica sempre um ato constitutivo de uma unidade de síntese entre o factual e o jurídico”, mas só aparentemente porque, embora compreenda “a aplicação concreta do direito em termos materiais, não a reduzindo a uma simples relação estática de conceitos”, “insiste em tratar a sua estrutura segundo o esquema lógico-subsuntivo” e continua a pensar a relação entre facto e direito “como aquela que medeia duas entidades objetivamente dadas” (cf. p. 180). Que o normativismo não constitui um magma uniforme já todos o sabemos. Que o silogismo se não identifica totalmente com a teoria subsuntiva também não ignoramos (cf. p. 207). Que tal não é bastante para considerar superado o pensamento positivista, no sentido amplo que ele ganha, parece resultar claro do pequeno excuro que trouxemos a lume. Pelo que, verdadeiramente, teremos de concluir não serem substancialmente diversas as considerações dos autores que, fiéis ao estrito legalismo ou ao conceptualismo normativistas, se pronunciaram acerca da causalidade relativamente às outras que os juristas, abraçando já formas predicativas da juridicidade com suporte teleológico material, firmaram.

⁶⁶ Cf. Castanheira NEVES, *Questão-de-facto*, 208.

legislador, e ainda que convertido formalmente em jurídico, mais não seria do que o espelho fiel da causalidade natural, como ela surge na realidade do ser.

E tal mostrava-se em sintonia com o sentido da liberdade negativa que invocámos preteritamente. A relação de exterioridade entre ação e resultado a que aludimos, a apelar para uma conexão material entre duas esferas estanquamente concebidas, acaba por se cumprir na perfeição segundo o esquema naturalista assim gizado.

Não seria substancialmente díspar a solução pensada no quadro de uma perspectiva subsuntiva que se afastasse do primitivo silogismo judiciário. Espelhando um grau de conceptualização acrescido, a que não seria indiferente o périplo traçado pelo pensamento jurídico alemão, privilegiar-se-ia a normativização da facticidade, fazendo-a revestir da especificidade jurídica. E assim ia realizado o direito no plano logicista da relação entre dois conceitos ou entre um facto e um conceito, quando se recuse a negação da realidade do ser, para o que se pressuporia, em qualquer dos casos, a redução do conceito ao mero facto, na medida em que aquele se limitaria a “seleccionar, no acervo geral dos factos, aqueles que teriam relevo jurídico”⁶⁷.

Também não se distanciaria daqueloutra posição ainda mais desenvolvida que implicaria um ato de constituição das premissas a apelar à contemplação dos casos, posto que, em qualquer delas, “da realidade só se seleccionarão os momentos que cumpram a intencionalidade conceitual”⁶⁸. Donde, e de um modo mais directo, da realidade colher-se-ia o sentido da causalidade natural para dela relevar as notas que se revelassem aptas a cumprir a teleologia normativa.

Em qualquer dos casos, porque a continuidade logicista haveria de ser garantida, pelo não reconhecimento do papel autonomamente constitutivo do labor jurisprudencial, era o sentido tendencialmente determinista da causalidade natural a ser importado para o jurídico que assim cumpria na perfeição as duas funções que lhe reconhecemos: contenção da indemnização nos limites da causação do dano; correspondência entre o plano normativo e o fáctico. E isto mostrava-se, novamente, em consonância com o sentido da ação, entendida em termos materiais⁶⁹.

Só que o que na aparência da aproblematicidade com que ia pensado configurava um esquema perfeito mostrar-se-ia de duvidosa prestabilidade. Por um lado, porque

⁶⁷ Cf. Castanheira NEVES, *Questão-de-direito*, 134.

⁶⁸ Cf. Castanheira NEVES, *Questão-de-direito*, 210.

⁶⁹ Tal conflui, aliás, numa das preocupações cimeiras do tipo de pensamento com que lidamos. Na verdade, e acompanhando novamente Castanheira Neves, cujos ensinamentos nestas matérias nunca serão demais, podemos afirmar que, “tentando que o direito fosse uma ciência, o positivismo traçou uma exigência quanto ao conteúdo ou pelo menos natureza dos seus objetos. Estes teriam de ser dados positivos, logo a natureza desses dados teria de ser tal que levasse assegurada a exigida positividade”. E com isto o resultado era claro: “simples fórmulas significativas nos enunciados verbais das normas, natureza de factos empíricos, sociológicos, psicológicos” [cf. *Questão-de-facto*, 595].

Escusamo-nos a tratar agora da controvérsia que agita uma concepção normativa da norma, encabeçada por Kelsen. O nosso propósito não é, de facto, apresentar uma abordagem exaustiva da história do pensamento jurídico, mas tão-só perceber em que medida ele se refrate na concepção do nexa de causalidade enquanto pressuposto de procedência de uma pretensão indemnizatória. Ora, o que ficou dito permite perceber perfeitamente a simbiose entre o paradigma de racionalidade mobilizado pelo positivismo jurídico e o modo como aquela ia pensada.

metodologicamente irrealizável e axiologicamente desvalioso; por outro lado, e confluindo com esses dados, porque a paulatina superação do positivismo conduziu a lucubrações diferentes, a instar o jurista a percorrer outros caminhos.

Tais caminhos anunciavam-se, afinal, com a conceptualização da realidade do ser e a chamada à lição da teleologia do jurídico⁷⁰, fazendo antever o longo caminho que se teria de percorrer até ao presente e mostrando o *continuum* evolucional que muitas vezes se invoca, desnudado de qualquer inteção do tipo de pensamento subjacente, entre as doutrinas fisicistas e meramente condicionais e a causalidade adequada.

A doutrina da *conditio sine qua non* acaba por cumprir o desiderato almejado. Importando-se o sentido tendencialmente determinista da causalidade natural para o mundo jurídico, compreende-se que, fruto do fervor cientificista da época, tivesse sido colhido nas conceções dominantes na cultura científica.

No primitivo positivismo, o que se buscava era a sintonia entre o termo causa e o conceito homólogo da natureza, permitindo-se, deste modo, operar o silogismo judiciário. Seria, então, em Mill e na sua noção de causa como “soma das condições positivas e negativas postas em conjunto que, uma vez realizadas, levam invariavelmente a uma consequência”⁷¹ que os autores se baseariam para defender a indivisibilidade do efeito e a indistinção do poder causal das condições postas ao serviço de um resultado e para edificar a teoria da *conditio sine qua non*. Com isso vemos Von Büri⁷², e os que se lhe seguiram, a sustentar que toda a condição sem a qual de um dano é causa dele, segundo um raciocínio de tipo contrafactual⁷³. O conceito jurídico, em obediência ao paradigma de pensamento do momento histórico-filosófico em que mergulhámos, refletia a realidade do ser e prestava homenagem ao tipo de racionalidade mobilizada. Simplesmente, ele viria a mostrar-se imprestável a dois níveis. No plano do que é, torna-se evidente a incapacidade do critério para responder a muitas das dúvidas patenteadas a propósito da causalidade, com o que se assiste à paulatina abertura a índices de probabilidade. A aplicação da teoria, a instar o jurista a abraçar uma lógica contrafactual, impõe a construção de um cenário hipotético, conforme à realidade habitual. Ora, tal exercício implica a noção da existência de diferentes graus de possibilidade. Ou seja, há que pensar num mundo ideal no qual o ato ilícito e culposo não teria ocorrido, pelo que se torna patente o recurso às regras da experiência e a generalizações causais e se apresenta a resposta à *conditio sine qua non* em termos de probabilidade⁷⁴. Acresce que o mundo determinista pensado por Hume cede lugar a um espaço onde a causalidade é tão-só probabilística. A palavra é dada a Von Kries que, partindo da ideia de que todas as condições necessárias são equivalentes,

⁷⁰ É nesta longa estrada que vamos encontrar a Jurisprudência dos Interesses. No entanto, e pese embora o reconhecimento da persistência de dados especificamente característicos do normativismo, não hesitamos em autonomizar a perspectiva, já porque informada por um finalismo espúrio ao formalismo que predicou o primeiro; já porque denunciador das próprias aporias dele.

⁷¹ Cf., novamente, Stuart MILL, *A system of logic ratiocinative and inductive*, John W. Parker, London, 1843, 392 s.

⁷² Cf. *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873 e *Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Gessen, 1860.

⁷³ Cf. Florence G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, Université Paris I – Pantheon – Sorbonne, 2005, 157 s.

⁷⁴ Cf., neste sentido, uma vez mais, Florence G'SELL-MACREZ, *Recherches*, 171 e ss., realçando a proximidade das noções de condição sem a qual e de causa adequada.

procura, na recondução dos factos a tipos, saber se o tipo de condição considerada é apta a produzir o tipo de efeito em consideração. A causa – dita adequada – seria aquela que aumenta de maneira significativa a possibilidade objetiva de surgimento do dano⁷⁵. Não seria, contudo, apenas a este nível que a imprestabilidade se denotaria. No plano da validade, as soluções a que se chegava – também o sabemos – com a doutrina da condicionalidade *sine qua non* não se mostravam satisfatórias. O arrimo criteriológico encontrado ao nível da adequação, entretanto popularizada por Rümelin e Träger, permitia uma abertura às preocupações atinentes ao justo, ao mesmo tempo que se mostra em consonância com uma evolução do pensamento metodologicamente cunhado. O formalismo positivista haveria, de facto, de esbarrar com críticas várias a denotar a insuscetibilidade de realização do direito de acordo com o esquema do silogismo judiciário. A permeabilidade aos interesses, protagonizada pela Jurisprudência do mesmo nome, enquanto orifício de entrada da materialidade subjacente à juridicidade, torna premente a consideração da teleologia da norma na hermenêutica que dela se faça. Surge, então, como viável um olhar diverso sobre o critério guia do jurista na questão causal. A adequação perde, na voz de muitos autores, o cunho matemático e rigoroso que nos encaminha para um simples cálculo de probabilidades para ter em atenção índices cognitivos do agente e atender às finalidades do instituto.

Sem que isso, contudo, nos baste. Na verdade, de um ponto de vista metodológico, se na interpretação que se faça de uma norma ou de um instituto jurídico temos de a/o remeter para os princípios normativos que sustentam o ordenamento, sob pena de correremos o risco de incompreender o sentido normativo do preceito ou do instituto em questão, então torna-se claro que, porque o fundamento último da responsabilidade civil há-de ser encontrado, num salto axiológico, na pessoalidade livre e responsável, enquanto categoria ética, a causalidade não pode senão ser entendida como imputação. No fundo, uma alteração no modo como compreendemos a juridicidade, acompanhada de uma mutação nos pressupostos metodológicos de realização do direito, torna inviável a prisão aos tradicionais critérios causais e impõe uma compreensão do problema em termos de imputação, a fazer apelo a uma predicação ético-axiológica na pessoa.

O problema que resta, portanto, é o de saber quais os critérios imputacionais com que temos de lidar.

⁷⁵ Cf. Von KRIES, “Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einiger Anwendungen desselben”, *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie*, 12, 1888, 179 s., 287 s., 393 s. O acento tónico é colocado pelo autor na ideia de aumento de probabilidades.

Cf., quanto ao ponto, Florence G’SSELL-MACREZ, *Recherches*, 99, considerando que esta formulação da doutrina da causalidade adequada se aproxima de um “modelo indutivo- estatístico elaborado posteriormente pela epistemologia neo-positivista que atribui o título de causa ao facto que aumentou significativamente a probabilidade do efeito”.

5.2. Os critérios imputacionais: a teoria das esferas de risco

A responsabilidade deixa, nesta perspetiva, de ser entendida exclusivamente do ponto de vista dogmático, mas ser compreendida do ponto de vista ético-axiológico⁷⁶. A própria ação, de onde se parte, deve ser vista como uma categoria onto-axiológica o que, no diálogo com a pressuposição do risco, nos permite inverter alguns dos aspetos tradicionais do problema. Assim, e desde logo, podemos afirmar que o filão fundamentador da imputação objetiva não pode deixar de se encontrar numa *esfera de risco que se assume*. Não basta contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tessitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, e relacionando-se isso com o pertinentemente aceite em matéria de definição da conduta juridicamente relevante, salienta-se aqui que, porque o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialético encontro entre o *eu*, componente da sua individualidade, e o *tu*, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, há que cotejá-la com a *esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros* que compõem teluricamente o horizonte de atuação daquele, e ainda com a *esfera de risco geral da vida*. Ao que, aliás, não será também estranho o facto de todo o problema vir enervado pela teleologia primária da responsabilidade delitual, ou seja, pelo escopo eminentemente reparador do instituto. A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo. A culpabilidade não se confunde com a “causalidade”. Pode o epicentro da imputação objetiva residir na imputação subjetiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se confundam. Condicionam-se dialeticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar. O condicionamento dialético de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objetiva. Isto é, a partir do momento em que o agente atua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexo de causalidade atenuam-se. Acresce que, ainda que a previsibilidade releve a este nível, não só o ponto de referência dela será diferente, como ela não será bastante. Assim, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventos. Designadamente, não terá de se referir aos danos subseqüentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão.

⁷⁶ Cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 890 s. e 1130 s., bem como a demais bibliografia aí citada e que aqui damos por reproduzimos. Repristinamos algumas das conclusões a que, naquela investigação, chegámos.

Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como Lindenmaier, Von Caemmerer ou Till Ristow, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular. Assim, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o gérmen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto⁷⁷, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*.

Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo*. Em termos práticos, não há unanimidade no tocante ao significado da invocação de um comportamento lícito alternativo. Se muitos advogam a sua procedência, baseando-se para o efeito na ideia de que, nestes casos, a ilicitude não teria cumprido a sua verdadeira função como elemento crucial de edificação do dever de indemnizar, outros parecem remeter a relevância dele para o âmbito da finalidade de protecção da norma, ficando a solução concreta dependente desse escopo. Seja como for, e independentemente das posições particulares que vão sendo firmadas, descontadas as tentativas de abordagem do tema à lupa da causalidade hipotética, é na ligação ao requisito da ilicitude que se joga o cerne da problemática. E por isso entende-se que, ultrapassada a visão mais ortodoxa dela, a sua mobilização surja com particular acuidade ao nível da segunda modalidade de ilicitude. A descoberta da falta de relevância da norma violada para a emergência do dano vem mostrar, afinal, que a intencionalidade normativa do caso não é assimilada pela intencionalidade normativa daquela. Do que se trata é de saber se o dano teria tido lugar sensivelmente do mesmo modo, no mesmo tempo e nas mesmas condições ainda que a preterição do dever não se tivesse verificado. Ou dito de outro modo, pergunta-se em que medida a conduta conforme ao direito teria diminuído de forma significativa o risco de realização do evento lesivo, quebrando-se, em caso de resposta afirmativa, o nexo de ilicitude que se começava a desenhar com a violação normativa. Se nos afastarmos do quadro da segunda modalidade de ilicitude delitual e nos deixarmos orientar pela ilicitude desvelada por via da lesão de direitos subjetivos absolutos, facilmente nos aperceberemos da dificuldade de mobilização de um comportamento lícito alternativo. Na verdade, se a ilicitude fica confinada à violação do bem jurídico, isto é, ao resultado, não faz sentido falar-se de uma alternativa lícita. Arredado que esteja o formalismo, sabemos que – embora perspectivado na ótica do resultado – o ilícito tem subjacente a si uma conduta, traduzindo-se a ligação entre estes dois elementos no nexo de imputação que estamos a erigir.

Adequadamente compreendida a ação, conformada pela liberdade do sujeito, inseparável da correspondente responsabilidade, a conexão de que falamos não é matizada pela nota da exterioridade, mas predica-se na interioridade do dever. E traduz-se, em termos práticos-

⁷⁷ Pense-se na hipótese em que A dispara um tiro contra B, mas B, que parecia estar adormecido, já estava morto.

normativos, na constatação da assunção de uma esfera de risco, indagando-se, posteriormente, acerca da pertinência do dano àquele círculo de responsabilidade que se encabeça. Se a simples possibilidade é bastante para se integrar a lesão na esfera gerada ou incrementada, então é, em teoria, possível conceber que o lesante venha provar que o mesmo dano teria sido causado mesmo que o comportamento tivesse sido outro. Note-se, obviamente, que em rigor não estaria em julgamento um comportamento lícito alternativo, porquanto, ao não se estabelecer a conexão que buscamos, é o próprio nexos de ilicitude que falece e, conseqüentemente, o carácter ilícito do resultado. Não se trata de apurar da relevância negativa de uma causalidade hipotética, mas de saber se o lesante logrará afastar a sua responsabilidade ao provar a irrelevância do comportamento para a emergência do dano.

Pressuposta que seja a finalidade primacial do ressarcimento como a reparação, e não esquecido que o sentido pessoalista da responsabilidade não nos pode afastar da determinação do agente, torna-se simples o sentido da solução. Deve-se, de facto, admitir a invocação do comportamento conforme ao direito como expediente de exclusão da imputação que se traça. A este nível colhe a invocação do comportamento alternativo conforme ao direito, porque, ao mostrar que a lesão surgiria do mesmo modo independentemente da licitude ou ilicitude do comportamento, consegue-se obter a prova do não incremento do risco. No fundo, o lesante demonstra que o dano que emerge não se conecta funcionalmente com a esfera de responsabilizada atualizada a partir da obliteração dos deveres de conduta. A dificuldade passa, portanto, a ser outra, qual seja a de saber qual a prova que deve ser oferecida pelo obrigado a indemnizar. O julgador só deve recusar a imputação quando haja prova da efetiva causa do dano ou quando haja prova da elevada probabilidade de que a lesão se teria realizado mesmo sem o desvio na conduta. Note-se que o grau de probabilidade de que aqui se fala deve andar próximo da certeza, o que se entende se se considerar que a assunção da esfera de risco coenvolve igualmente o risco processual.

Na indagação da pertinência funcional da lesão do direito à esfera de responsabilidade que se erige e assume, importa ter sempre presente que esta é mais ampla que o círculo definido pela culpa, como atrás se constatou. Contudo, pese embora a ideia da extrapolação da vontade que acompanha o resultado, há que ter em conta, no juízo imputacional, uma ideia de *controlabilidade* do dado real pelo agente. Esta controlabilidade há-de, pois, ser entendida no sentido da evitabilidade do evento lesivo. Com isto, exclui-se a possibilidade de indemnização dos danos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de casos de força maior. No fundo, o que se procura com as categorias é retirar da esfera de risco edificada algumas das conseqüências que, pertencendo-lhe em regra, pela falta de controlabilidade (inevitabilidade, extraordinariedade, excecionalidade e invencibilidade), não apresentam uma conexão funcional com o perigo gerado. Note-se, porém, que a judicativa decisão acerca da existência ou não de um facto fortuito ou caso de força maior poderá implicar, em vez de uma estanque análise das características elencadas, um cotejo de esferas de risco. De facto, poderá haver situações em que o pretense lesante não tem controlo efetivo sobre a situação que gera o dano, mas pode e deve minorar os efeitos nefastos dela. Com isto, mostramos que não é ao nível da culpa que as duas categorias derramam a sua eficácia. No entanto, isso não nos leva a optar inexoravelmente por uma perspectiva que as funde no conceito de causalidade. Num dado sentido, o facto fortuito e a força maior retiram do núcleo de responsabilidade do

lesante o resultado verificado. Num outro sentido, reclamam a repartição de esferas de risco, convidando-nos a um cotejo entre elas. Abre-se, portanto, o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos.

Este segundo patamar terá lugar depois de se constatar que o dano-lesão pertence ao núcleo da esfera edificada. Para tanto, é necessário que haja possibilidade do dano e que ele se integre dentro dos eventos que deveriam ser evitados com o cumprimento do dever. Só depois faz sentido, confrontar a esfera titulada pelo potencial lesante com outras esferas de risco/responsabilidade.

Contemplando, *prima facie*, a *esfera de risco geral da vida*, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele. A pergunta que nos orienta é: um evento danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos – indiferenciadamente – estão expostos?

O confronto com a *esfera de risco titulada pelo lesado* impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há-de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiosincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos.

Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico – mormente o pensamento jurídico transfronteiriço – tenha gizado como critério guia do decidente o *critério da provocação* (para lidar com as situações em que o lesante, com o seu comportamento, coloca o lesado numa situação que o leva a agir). Igualmente relevantes se tornam ponderações relativas a défices

informativos ou a um eventual estatuto de autoridade do primeiro lesante. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido.

Havendo essa atuação livre do lesado, temos que ver até que ponto os deveres que oneravam o lesante tinham ou não como objetivo obviar o comportamento do lesado. Tido isto em mente, bem como a gravidade da atuação de cada um, poderemos saber que esfera de risco absorve a outra ou, em alternativa, se se deve estabelecer um concurso entre ambas. O artigo 570º CC, na dupla interpretação que viabiliza – referente quer à fundamentação da responsabilidade, quer ao seu preenchimento, pese embora a sua inserção sistemática – viabiliza a solução para estas hipóteses.

O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda *esfera de risco*, concorrente com aquela, vir *encabeçada por um terceiro*. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atento a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada.

Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro – independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais – torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consunção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito – deveres de evitar o resultado – pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante. Entre ambas, pode também estabelecer-se o devido concurso⁷⁸.

⁷⁸ Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*, cap. XVIII.

Algumas destas ideias começam a ser acolhidas pelos nossos tribunais. Pese embora o predomínio da causalidade adequada ao nível jurisprudencial, denotam-se alguns indícios de mudança no sentido da abertura a uma perspetiva imputacional. No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de setembro de 2014, de que foi relatora Maria Clara Sottomayor⁷⁹, pode constatar-se isso mesmo. Em causa estava uma ação declarativa em que se questionava a eventual responsabilidade do réu pelos danos causados na sequência de três explosões ocorridas num contentor propriedade da autora, no dia 16 de agosto de 2002, pelas 16 horas. Tais explosões tiveram como causa uma fuga de gás ocorrida num tubo que fazia a ligação entre um fogão e uma garrafa de gás butano que os trabalhadores guardavam num contentor e que utilizavam para confeccionar as suas refeições. O gás acumulado veio a ter como fonte de ignição uma faísca produzida pelo motor elétrico de um frigorífico que ali se encontrava. No plano jurídico, o aresto veio considerar que se aplicava o artigo 493º/1 CC, que contém uma presunção de culpa e, simultaneamente, uma presunção de ilicitude. Ademais, aduz-se que os deveres do tráfego não são pré-determinados, não constituindo uma verdadeira obrigação, já que são indeterminados quanto aos sujeitos e quanto ao conteúdo. Do ponto de vista causal, fala-se da causalidade virtual e procura-se saber se o artigo em apreço admite ou não a prova da relevância negativa da causa virtude, respondendo-se em sentido afirmativo. Apela-se, portanto, a uma visão tradicional do problema causal, considerando-se ademais que a doutrina e jurisprudência maioritárias entendem que o artigo 563º CC consagra a teoria da causalidade adequada na sua formulação negativa. A relatora do aresto diz, então, que “o facto que atuou como condição só deixa de ser considerado causa adequada quando, da sua natureza geral, se mostrar de todo indiferente para a produção do dano”. E acrescenta que “por nexo de causalidade, entende-se que determinada ação ou omissão será causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias conhecidas do agente e as mais que uma pessoa média poderia conhecer, essa ação ou omissão se mostrava à face da experiência comum como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes probabilidades de o originar”. Apela-se, portanto, na esteira do entendimento generalizado, a uma ideia de probabilidade, sublinhando-se que a causalidade adequada não se refere ao facto e ao dano isoladamente considerados, mas ao processo factual que, em concreto, desembocou no segundo. Simplesmente, o acórdão abre as portas à consideração expressa de outras doutrinas:

1) Doutrina do escopo da norma violada⁸⁰.

2) Doutrina das esferas de risco⁸¹, numa perspetiva que é de aplaudir. Também o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13 de maio de 2014⁸², parece deixar-se penetrar por

⁷⁹ *Jusjournal*, n.º 2008, 21 de outubro de 2014 e <www.dgsi.pt>.

⁸⁰ A relatora reconduz a doutrina ao pensamento de Menezes Cordeiro e Menezes Leitão.

Cf., porém, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, Coimbra, Almedina, 2010, 550, considerando que a causalidade, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, se desenvolve em quatro tempos: a) *conditio sine qua non*; b) causalidade adequada, em termos de normalidade social; ou c) causalidade provocada pelo agente, para obter o seu fim; d) consoante os valores tutelados pela norma violada. Não há, portanto, uma absoluta postergação da causalidade adequada, pese embora “o elemento decisivo para fixar a causalidade [seja] o escopo da norma violada; um avanço que não mais se pode perder”.

⁸¹ Cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 890 s. e 1130 s. e *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspetivas em matéria de nexo de causalidade*, Príncipia, 2014

⁸² Cf. *Coletânea de Jurisprudência*, tomo III, 2014 5 s. e <www.dgsi.pt>

considerações atinentes à última teoria mencionada, quando afirma que “o dano (...) verificou-se em consequência da eficácia causal dos dois factos e comportamentos que, como “esferas de risco, com potencial de alicerçar a responsabilidade, convergem para um mesmo resultado”, o que significa que também se encontra protegido o nexa causal”⁸³. Não obstante, o coletivo de juízes continua preso a uma ideia de adequação. Em causa estava um contrato nos termos do qual uma sociedade comercial se obriga à instalação e manutenção de um sistema de alarme no estabelecimento comercial do lesado. Em agosto de 2011, desconhecidos introduziram-se no estabelecimento comercial do lesado, quebrando para o efeito um vidro de uma montra, sem que o sistema de alarme instalado pela ré detetasse a intrusão e/ou emitisse o respetivo alarme, tendo sido furtados inúmeros bens que ali se encontravam. O Tribunal entendeu que a prestação da ré não ficava cumprida com a mera montagem do equipamento de segurança, exigindo-se, embora não se vá ao ponto da vinculação a um resultado, que o referido equipamento funcione. Considera-se, ainda, que “o segundo facto [intromissão de estranhos no estabelecimento comercial e furto] não provoca a interrupção do nexa causal do 1º facto”, existindo entre ambos uma relação de adequação, “na medida em que é o estado de fragilidade em termos de segurança das instalações do autor causado pelo primeiro facto que favorece a eficácia causal do segundo facto para o dano”. Ora, em rigor, não cremos que a causalidade adequada nos ofereça a solução para o problema, pese embora ela se afigure, aos nossos olhos, acertada. Pelo contrário, julgamos que só o direito – a ponderação da esfera de responsabilidade de cada um dos intervenientes – é de molde a alcançar a solução pretendida.

6. A causalidade preenchidora da responsabilidade

O problema da fundamentação da responsabilidade, através de um nexa de ilicitude, fica resolvido a montante. O nosso problema, agora, é apenas o da recondução dos danos subsequentes – que não configurem danos-lesão – à lesão do direito absoluto.

É inerente ao direito subjetivo absoluto um dado conteúdo patrimonial, traduzível numa nota de utilidade. Sempre que ela não possa ser realizada, fruto da intervenção de um estranho à esfera de domínio traçado pelo direito, desenha-se um dano. Este importa a consideração da repercussão que a lesão teve, já não no titular abstratamente configurado, mas na esfera da pessoa realmente lesada, uma vez que esse impacto é variável.

Imageticamente, podemos configurar duas esferas. Uma esfera de utilidade geral – traduzida no valor patrimonial do bem objeto do direito e, mais especificamente, compreendida pela análise das diversas faculdades inerentes ao conteúdo do direito – e uma esfera de utilidade particular – colimada naquilo que o concreto titular da posição subjetiva absoluta, dentro do primeiro círculo definido, se propõe realizar. Com base no cotejo destas duas esferas podemos encontrar a essência do que é o dano. E mais do que encontrar a essência do que é o dano⁸⁴,

⁸³ Cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Responsabilidade civil extracontratual*, 207 s.

⁸⁴ Cf. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, Cedam, 1929, 256 s., afirmando que o dano não atinge o bem em si, mas a conexão da pessoa com o bem, ou seja, a relação existente entre um sujeito que tem uma necessidade e o bem apto a satisfazê-la.

podemos encontrar aqui um critério de recondução dos danos subsequentes – dos segundos danos – ao dano evento (dano primário ou violação do direito subjetivo que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, assume uma posição charneira em toda a questão imputacional)⁸⁵.

A partir dele conseguimos, de facto, saber em que medida o que a pessoa perdeu ou aquilo que deixou de ganhar se inscreve ou não na esfera do direito cuja lesão já tinha sido imputada a um determinado sujeito⁸⁶. Note-se que a perda de utilidades do bem se poderá traduzir tanto no prejuízo diretamente sofrido pelo lesado (desvalorização do bem, despesas que teve de efetuar para repor a utilidade do bem, ou reparando-o ou encontrando uma alternativa que, momentaneamente ou não, satisfaça a mesma utilidade⁸⁷), como naquilo que deixou de ganhar, e incluir, ainda, o impacto não patrimonial que gerou⁸⁸. Convoca-se, portanto, a distinção entre os danos emergentes e os lucros cessantes e, com o que ficou dito, rememora-se, embora não de forma coincidente com a dicotomia entre o dano evento e o dano subsequente, a lição tradicional que cinde o dano real (“a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (...) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar”; “a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de uma destruição, subtração ou deterioração de certa coisa material ou incorpórea”⁸⁹) e o dano patrimonial (“o reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado”⁹⁰)⁹¹.

O último medir-se-ia, “em princípio, por uma diferença: a diferença entre a situação real atual do lesado e a situação hipotética em que ele se encontraria, se não fosse o facto lesivo”⁹². O critério, assente na hipótese da diferença, acabaria por se revelar, contudo, “um conceito inadequado de dano e um método insuficiente para a sua determinação, que escondia as considerações teleológicas ou valorativas decisivas”⁹³. Foram sobretudo questões como a

⁸⁵ Assim se explica que o titular do direito à indemnização seja o titular do direito violado. Há, porém, exceções. Pense-se no artigo 495º/3 CC. O dano indemnizável é aí correspondente ao montante da obrigação de alimentos que deixou de ser cumprida.

⁸⁶ A análise das faculdades inerentes ao conteúdo do direito pode ser importante num momento anterior, designadamente em todas aquelas situações em que não existe uma incidência direta sobre a coisa, mas em que a modificação ou perturbação de determinadas circunstâncias envolventes pode implicar – ou não – a violação do direito subjetivo.

⁸⁷ Problema interessante pode ser equacionado em relação ao que se designa por despesas preventivas. Pense-se, por exemplo, na despesa que uma empresa fez para ter um veículo de substituição que pudesse utilizar em caso de danificação do veículo de serviço. Sobre o ponto, cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 593, n.1700; Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil – Temas especiais*, UCP, 2015, 67. Veja-se, ainda, sobre o ponto a regulamentação da matéria nos *Principles of European Tort Law* e no *Draft Common Frame of Reference*.

⁸⁸ A problemática dos danos extrapatrimoniais foge, porém, à tentativa de captação do fenómeno dano à luz do que ficou conhecido pela teoria da diferença.

Note-se que neste impacto patrimonial se inclui também o que geralmente vai conhecido por frustração de despesas, isto é, aquelas situações em que a pessoa fez um determinado investimento que não vai aproveitar, porque o bem acabou lesado.

⁸⁹ Cf., por todos, Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, 598.

⁹⁰ Cf., uma vez mais, Antunes VARELA, *Das obrigações*, 598.

⁹¹ A convocação da lição tradicional torna-se, a este nível, imprescindível para se perceber em que medida o modelo por nós proposto dá ou não resposta a algumas das inquietações que aquela traz a lume.

⁹² Antunes VARELA, *Das obrigações*, 599. Para uma análise dos termos postos em comparação de acordo com a fórmula da diferença, cf., por todos, Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, 1998, 196 s.

⁹³ Cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 810.

perspetivação contabilística do dano (a levantar problemas acrescidos à indemnização de danos como o dano da perda de uso), como a da relevância da causa virtual ou da compensação de vantagens (“determinada decisivamente por pontos de vista valorativos que a hipótese da diferença deixa escapar”⁹⁴) que justificaram o olhar crítico sobre a fórmula que, desde Mommsen, foi assumida genericamente para efeitos de determinação do dano⁹⁵.

Creemos, aliás, que é ao impor-se, por meio dela, a comparação de situações patrimoniais globais que o jurista esbarra em dificuldades acrescidas, entre as quais se conta o tópico da causalidade. Ora, a partir do momento em que a questão imputacional ficou solucionada a montante, e a partir do momento em que o esquema delitual se estrutura com base no direito subjetivo absoluto, podemos encontrar uma baliza que delimite o cotejo patrimonial. Ela passará exatamente pela consideração da esfera de possibilidades aberta pela titularidade daquele direito. Será, aos nossos olhos, dentro desse círculo que se jogarão as coordenadas básicas da determinação da indemnização⁹⁶. No fundo, aproximamo-nos em certa medida da

⁹⁴ Cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 803.

⁹⁵ Foi nas conclusões de Paulo Mota PINTO, a propósito da “fórmula da diferença”, que colhemos diretamente a síntese crítica acerca do critério. Cf., do autor, *ult. op. cit.*, *ult. loc. cit.* Note-se que o civilista não sustenta a rejeição em bloco da doutrina mommseniana. Cf. págs. 814/815,

Para outras considerações acerca da teoria da diferença, cf. Gerhard WAGNER, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*, Beck, München, 2006, 12 s.; HANS FISCHER, *A reparação do dano no direito civil* Coimbra, 1983, tradução de Ferrer Correia 24 s., também citados pelo autor.

Entre nós, ela é defendida por Pereira COELHO, *O problema da causa virtual*, 194 s.; Id., “O nexa causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento IX, 1951, 161; Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização”, 13 s.; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, 599 e 907; Rui de ALARCÃO, *Direito das obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença. Com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3º ano jurídico), policopiado, Coimbra, 1983, 273 s.; Almeida COSTA, «Reflexões sobre a obrigação de indemnizar. Confrontos luso-brasileiros», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº3931 e 3932, 297 s.; Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2003, 91 s.; Id., *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999, 29 e s.; Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, 420 (onde podemos encontrar uma análise das limitações da referida doutrina, em atenção aos danos não patrimoniais, aos danos futuros, aos casos em que a indemnização possa ser fixada em montante inferior aos danos causados, e aos casos em que os danos têm uma natureza continuada).

Cf., a este ensejo, Martin GEBAUER, *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, 7.

⁹⁶ Em sentido crítico, cf. Pereira COELHO, *O problema da causa virtual*, 195, n. 42. Sustenta o autor que “a frustração de um fim tem de ser suposta, se o direito não quiser renunciar à sua praticabilidade, em toda a diminuição do património. Dizer, pois, que todo o dano envolve a frustração de um fim só pode ser exato se esta proposição se entender no sentido de que todo o dano envolve objetivamente a frustração de um fim ou de vários fins do lesado. Para o direito, eu sofro um dano se alguém destrói um objeto que me pertence, pois ele faz parte do meu património; e isto ainda que porventura eu desconheça a existência desse objeto no meu património e nenhuma frustração de fins se deixe provar concretamente”. A nota essencial do dano encontrar-se-ia, para o insigne civilista, na diminuição patrimonial. Acresce que, para ele, não seria viável, à luz do que expende, determinar o dano com base na intersecção de círculos a que se alude. E as suas palavras não deixam de ecoar nos ouvidos de quem, como nós, propõe a interpretação expendida em texto. Na verdade, não podendo deixar de considerar que continua a existir um dano mesmo em casos de desconhecimento da lesão e, portanto, em casos em que nenhum interesse – em concreto – parece ser posto em causa, resta a dúvida se continuará a ser viável resolver o nosso problema pelo cotejo entre o valor objetivo do direito (o círculo de utilidades que ele, em geral e abstrato, dispensa) e os interesses que o lesado deixou de poder satisfazer. Não cremos, porém, que o argumento seja decisivo. Em primeiro lugar, ficando a concessão da indemnização dependente do impulso processual do lesado, sempre se haverá que concluir que, no momento processualmente relevante para a determinação do montante ressarcitório, o lesado já terá tido conhecimento quer do direito violado, quer do dano concretamente sofrido. Em segundo lugar, ainda que ele não tivesse qualquer interesse presente na utilização das potencialidades viabilizadas pelo bem objeto do direito, sempre reservaria o interesse de, um dia, poder alienar aquele direito, pelo que, em última instância, os dois círculos coincidiriam, sendo o montante do dano correspondente ao valor objetivo do bem lesado.

lição de Wilburg que fala de dois círculos que se intersectam de modo a, nesse jogo, estabelecerem o ressarcimento⁹⁷.

Neste quadro, deixa de ter qualquer razão de ser a equação de problemas como a causalidade virtual.

O que aqui afirmamos, em consonância com o modelo imputacional que tentámos erigir, é que, uma vez respondido o problema imputacional⁹⁸, será com base nas possibilidades abertas pela esfera delimitada por cada direito subjetivo que os danos consequenciais, os segundos danos (que não sejam danos-lesão/evento), se hão-de reconduzir ao concreto direito violado. Só uma vez cumprido este juízo, estaremos em condições de determinar o *quantum* indemnizatório. Ora, nessa recondução do dano consequência ao dano evento – à lesão do direito tutelado *erga omnes* –, estamos desonerados, exatamente porque o *prius* de abordagem da nossa problemática é aquela posição subjetivamente vantajosa. Tal desoneração traduzir-se-á, na prática, quer na irrelevância da causalidade virtual para este efeito, quer na própria prescindibilidade de um juízo de adequação entre o dano e o comportamento do agente (a ser substituído por um juízo de pertinência do dano ao círculo de utilidades disponibilizadas pelo bem preterido), o que não quer dizer que não devam ser ponderadas algumas questões de índole dogmática e valorativa. Aliás, um dos tópicos com que se há-de lidar a este nível é o do concurso de culpas do lesado.

Na verdade, o artigo 570º CC abre-nos uma dupla possibilidade interpretativa: ele deve ser mobilizado ao nível da fundamentação da responsabilidade e ao nível do cálculo da indemnização. No que ao primeiro segmento respeita, os critérios de apreciação da culpa do lesado – que não pode ser entendida num sentido culpabilístico – conduzem-nos ao modelo de imputação objetiva, baseado no cotejo de esferas de risco a que fizemos anteriormente referência. Este primeiro segmento estará em causa sempre que o que esteja em debate seja o agravamento do dano-lesão/dano-evento. O segundo segmento entrará em cena, quando esteja em causa o comportamento do lesado depois de verificada a lesão e, portanto, ao nível do cômputo da indemnização. Aí, os critérios a mobilizar deverão ser diferentes⁹⁹, questionando-se se faz ou não sentido impor ao lesado um dever de minorar o dano¹⁰⁰.

⁹⁷ Cf. Walter WILBURG, “Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung”, *Jehring's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 81, 1931, 128. Cf., ainda, Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual*, 810 (que também aflora o problema e recorre às mesmas fontes bibliográficas, falando de uma noção bipartida ou dualista de dano, que cinde um dano direto ou imediato, correspondente ao valor objetivo ou comum, que seria o dano mínimo – *Mindestschaden* – e o dano indireto ou mediato); Robert NEUNER, “Interesse und Vermögensschaden”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 133, 1931, 290 s. Neuner distingue o dano direto do dano indireto. O primeiro é avaliado objetivamente, tendo em conta o valor real do bem lesado, e constituiria o patamar mínimo da indemnização. O segundo corresponderia ao interesse, para o qual valeria uma avaliação concreta do dano. A dicotomia não deixa de ser importante, designadamente para saber se a indemnização pode ou não ser inferior ao valor objetivo do bem lesado. Cf. NEUNER, “Interesse”, 277 s., designadamente tendo em conta uma ideia de sanção e tendo em conta que o valor do bem faria já parte do património do lesado que, mesmo que não tivesse interesse nele, poderia sempre aliená-lo. Numa perspetiva crítica, cf. Pereira COELHO, *O problema da causa virtual*, 191, nota 36 e 192, nota 37.

⁹⁸ Veja-se a este ensejo a posição de Von CAEMMERER, “Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1956, 569 e ss.; ID., “Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht”, *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg 1962, 411 s. Para o autor, numa linha da qual nos aproximamos mais, o problema da causalidade virtual não se coloca do ponto de vista da causalidade, mas implica uma ponderação ao nível da imputação, sendo por isso um problema normativo.

⁹⁹ Veja-se, ainda, CARNELUTTI, “Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)”, *Il Foro Italiano*, vol. LXXV, anno 1952, 100 s. e ANNICK ACHTARI, *Le devoir du lésé de minimiser son dommage, Étude en droit*

A este propósito podem ser chamados à colação princípios outros que não o princípio da responsabilidade, designadamente, e porque já existe uma relação certa entre lesante e lesado, o princípio da boa-fé¹⁰¹.

des obligations, thèse Fribourgeoise, Schulthess, 2008, 83 s. A autora distingue claramente diversos problemas: a) *faute* concomitante do lesado, ou seja, aquela que concorre com o facto gerador de responsabilidade. É um comportamento que se insere na série causal e está numa relação de causalidade natural e adequada com o dano e contribui para o nascimento do dano; b) dever de minorar o dano, que avulta quando o facto gerador da responsabilidade já existe, não gerando, mas agravando o dano. É claro que, e como também admite Ahtari, a distinção, na prática, nem sempre é simples. Contudo, afigura-se essencial. O critério de distinção não pode quedar-se numa noção temporal ou, sequer, causal. Isto é, é perfeitamente concebível que o comportamento do lesado, posterior à emergência do evento danoso, venha agravar o dano-lesão, colocando-se, novamente, o problema da imputação objetiva dele ao agente.

¹⁰⁰ A este propósito, retome-se, novamente, a lição de LARENZ, *Lehrbuch*, I, 540, nota 2, falando de uma *Obliegenheit*, que não deve ser entendida como uma obrigação de menor intensidade – *Pflicht minderer Intensität*. Sobre o conceito, veja-se, igualmente, LANGE/SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 552 e 576; Erwin DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 361 s.; e, falando da *incombance*, Annick AHTARI, *Le devoir*, 57 s. Cf., também, Olaf HENSS, *Obliegenheit und Pflicht im Bürgerliches Recht*, Frankfurt am Main, Berne, New York, Paris, 1988, para a distinção entre o conceito de *Obliegenheit* e o conceito de obrigação. V., em geral sobre a obrigação de minorar o dano, Helmut KOZIOL, “Die Schadenminderungspflicht”, *Juristische Blätter*, 1972, 225 s.; Yannick DAGORNE-LABBE, “Existe-t-il une obligation pour les victimes de limiter leur préjudice? Cass. Civ. 2e., 19 juin 2003, 2 arrêts”, *Les Petites Affiches*, 2003, 13 s.; Jean-Luc AUBERT, “La victime peut-elle être obligée de minimiser son propre dommage?”, *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 2004, 355 s.; Gert BRÜGGERMEIER, *Haftungsrechts*, 552 s. e 600 s. (v., especialmente, pág. 602, estabelecendo a dicotomia entre o *Schadensminderung* e a *Mitverschulden*, alicerçada em quatro pontos: a) *Zeitpunkt*: enquanto a *Mitverschulden* se refere ao comportamento anterior à lesão, o *Schadensminderung* reporta-se a um momento temporal posterior; b) *Gegenstand* (propósito): a *Mitverschulden* refere-se em primeira linha à consumação da violação do interesse, estando em causa o dano directo – dano primário/dano lesão [*Primär-/verletzungsschaden*], enquanto o *Schadensminderung* lida com a limitação do dano primário e a prevenção dos danos subsequentes; c) *Rechtsfolge* (consequência jurídica): enquanto a *Mitverschulden* conduz à repartição dos danos conjuntos, a omissão da obrigação de redução dos custos implica a não indemnização dos danos subsequentes evitáveis; d) os custos da *Schadensminderung* são para ser indemnizados pelo lesante; S. PIMONT, “Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage”, *Revue Lamy Droit Civil*, nº9, 2004, 15 e ss.; Geneviève VINEY/Patrice JOURDAIN, *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin : Les conditions de la responsabilité*, 3ª edição, LGDJ, Paris, 2006, 337 s. (considerando que é demasiado gravoso para a vítima adotar uma posição intransigente relativamente a uma obrigação de moderação do dano, ao mesmo tempo que é demasiado rígido sustentar que a vítima se pode manter passiva, deixando agravar o seu dano em detrimento do responsável. A solução proposta pelas autoras passa, portanto, pela responsabilização do lesado sempre que o seu comportamento se possa considerar *faulif*, em sintonia, aliás, com o que o novo projeto de reforma do direito das obrigações prevê, ao introduzir no CC uma disposição que “sanciona a abstenção *faulive* da vítima no que respeita às medidas de moderação do dano, ao menos fora dos casos onde tais medidas seriam de molde a poder atentar contra a sua integridade psíquica” – cf. artigo 1373º *nouv. C. Civ.*); Christophe ANDRE, “L’obligation de modérer le dommage en droit interne. Note à la décision de la Cour d’Appel de Douai, 15 mars 2001”, *Recueil Dalloz*, 2002, 307 s.; Michael G. BRIDGE, “Mitigation of damage in contract and the meaning of avoidable loss”, *Law Quarterly Review*, 1989, 398 s.; Dominique GENCY-TANDONNET, “L’obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extracontractuelle”, *Gazette du Palais*, 2004, 1485 s.; Reinhard GREGER, “Mitverschulden und Schadenminderungspflicht – Treu und Glauben im Haftungsrecht?”, 1130 s.; Anne METTETAL, “L’obligation de modérer le préjudice en droit privé français”, *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, 2005, 1889 s.; DE CUPIS, *Il danno – Teoria generale della responsabilità civile*, 3ª edição, Giuffrè Editore, Milano, 1979, 132; TUNC, «Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation », *Revue Internationale de Droit Comparé*, cinquième année, nº1, 1953, 29 s.; Annick AHTARI, *Le devoir*, 71 s.; KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 3. Neubearbeitete Auflage, Manz Verlag, Wien, 1997, 366; Antunes VARELA, *Das Obrigações*, I, 935; Ricardo de Angel YAGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999, 845.

¹⁰¹ Veja-se, ainda, a este ensejo, Annick AHTARI, *Le devoir*, 12, considerando que a boa fé não impõe só que as partes se comportem honestamente, mas também que atuem de maneira economicamente eficaz, pelo que a diligência deverá ser apreciada segundo critérios económicos.

Cf., igualmente, Reinhard GREGER, “Mitverschulden und Schadenminderungspflicht – Treu und Glauben im Haftungsrecht?”, 1132, referindo-se ao facto de a boa fé só ser mobilizável quando já haja uma relação especial entre os sujeitos.

7. Consequências do entendimento proposto

As consequências do entendimento proposto são claras. Para além das vantagens na obtenção de uma resposta que se procura que seja normativamente fundada e materialmente justa, elas projetam-se em sede de repartição do ónus da prova (entendendo-se, a partir daqui, que o lesado tem de provar a ocorrência do evento lesivo e o envolvimento do comportamento do lesante na história do surgimento do dano. Mas não mais. Na verdade, ao ser tratada como uma questão imputacional, a causalidade passa a ser compreendida como uma questão normativa, dependente, portanto, de um juízo do julgador) e em matéria do que anteriormente era entendido por condicionalidade. Na verdade, para a constatação do envolvimento do evento lesivo na história do surgimento do dano, não temos de recorrer a um qualquer teste assente na condicionalidade, redunde ele na pura *conditio sine qua non*, ou aproxime-nos ele de um *but-for test* ou de um *NESS-test* de que fala a doutrina e jurisprudência anglo-saxónica. Pelo contrário, podemos chegar à conclusão que a ideia de condicionalidade, como juízo prévio à causalidade, é prescindível a este nível. No mais, sempre que se enfrentem problemas atinentes à causalidade cumulativa, designadamente atinentes à causalidade alternativa incerta, podemos concluir que o ordenamento jurídico viabiliza a responsabilização solidária dos diversos sujeitos. É que, embora não seja possível provar em relação aos vários comportamentos a condicionalidade *sine qua non*, eles permitem a edificação de diversas esferas de risco que chamam para si a imputação objetiva e, na presença de mais do que um responsável, aplicam-se, nos termos do artigo 497º CC, as regras da solidariedade¹⁰². Naqueles casos em que se verifica um dano sem que se consiga determinar qual de duas potenciais causas foi aquela que realmente o gerou, principal argumento aduzido no sentido da não responsabilização dos agentes repousava na impossibilidade de prova da *conditio sine qua non*. Havendo duas causas alternativas incertas, cada uma delas pode ser entendida como virtual, em virtude da incerteza sobre a causa real. Mas, se nos mantivermos presos ao pensamento tradicional, teremos de chegar à conclusão que ele se deixa enredar numa contradição interna. Na verdade, advoga-se usualmente que a causalidade virtual não releva positivamente (não é apta a alicerçar a responsabilidade) e que não releva negativamente. Simplesmente, como explica Menezes Cordeiro, a sua não relevância negativa teria de ser acompanhada pela sua relevância positiva. Ora, o que isto nos mostra é que o pensamento tradicional assente na ideia de condicionalidade não é realizável. Se mantivermos a ancoragem da resposta logicista, somos confrontados com o seguinte cenário: não se dá relevância negativa à causalidade hipotética do ponto de vista da fundamentação da responsabilidade, porque se mantém intocável a relação de condicionalidade de facto entre o evento e o dano. Isso significa que, se forem duas as causas hipotéticas, nenhuma conduz à exclusão da responsabilidade do agente da outra. Por outro lado, sendo duas as causas hipotéticas, porque a mera hipótese de dano não funda a responsabilidade, nenhum dos agentes será obrigado ao pagamento de uma indemnização, excluindo-se a relevância positiva. Só que, ao excluir-se a relevância positiva, está-se, do mesmo passo, a afirmar a relevância negativa das duas causas hipotéticas, donde os termos lógicos da equação falham. Pelo que ou se insiste na manutenção da pura logicidade e se compromete a justeza material das soluções, ou se abdica dela. E fazendo-o, legitimamos a

¹⁰² Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. X.

prescindibilidade da condicionalidade sem a qual a este nível, tornando-a também irrelevante do ponto de vista da causalidade concorrente. Acresce que a falta de determinismo da realidade impõe que a *conditio* se exprima em termos probabilísticos, donde, também na presença de uma só causa, não há evicção de toda a dúvida acerca da autoria da lesão, distinguindo-se as situações por uma questão de grau. Quer isto dizer que, no fundo, não conseguiremos saber com absoluta certeza qual o grau de contribuição causal de uma eventual causa. Mesmo se nos ativermos a uma solução de tipo estatístico, a incerteza não é totalmente apagada. E, no fundo, isto permite-nos rememorar o que é ensinado por Bydlnski: também nas situações de causalidade cumulativa responsabilizamos dois sujeitos, sem que se determine, em concreto, aquele grau de contribuição causal, que pode, aliás, ser mínimo.

Não estamos, porém, condenados a esta aporética impostação dos problemas. Basta alterar a perspectiva, partindo não da *conditio* mas da edificação de uma esfera de responsabilidade. Se ela se erige polarizada em mais do que um agente, então duas são as vias heurísticamente a considerar: ou uma das esferas consome a outra e só um é responsável; ou nenhuma delas exerce uma força consumptiva sobre a outra, havendo lugar à responsabilidade solidária nos termos do artigo 497º CC. Repare-se: a intencionalidade problemática do preceito assimila perfeitamente a intencionalidade do caso concreto. Quando A e B disparam sobre C, podem não ter causado a morte de C em conjunto, mas, na dúvida, ambos edificaram uma esfera de responsabilidade, por ela sendo chamados à liça. É ela e não a factualidade neutral que é ajuizada pelo direito. Não é, portanto, uma tomada de posição acerca da questão da relevância positiva da causalidade virtual que entra em cena. Em rigor, a dita virtualidade nem chega a ser, aos nossos olhos, tematizada, pois o jurista derrama o seu olhar não sobre factos puros, mas sobre aqueles que consegue inteligir à luz da intencionalidade predicativa da juridicidade. No fundo, ao partirmos de uma dada compreensão da causalidade como imputação, a ser afirmada, em homenagem à pessoalidade livre e responsável e tendo por base uma conceção de ação ético-axiologicamente densificada, a partir da edificação de uma esfera de risco e do cotejo com outras esferas de risco, estamos em condições de afirmar a solidariedade com base na constatação de mais do que uma esfera de responsabilidade, independentemente da prova da condicionalidade. O artigo 497º CC não exigiria, para a sua aplicação, a verificação de dois nexos causais em termos naturalísticos, mas a presença de dois segmentos imputacionais. Podem, aliás, detetar-se pontes de comunicação com situações em que é discernível a cumplicidade. Pense-se, por exemplo, no caso em que A e B disparam sobre C dois tiros a partir de armas com o mesmo calibre, só um dos projéteis tendo atingido C. Simplesmente, em vez de estarmos diante de um normal caso de causalidade alternativa incerta, B falha intencionalmente o alvo, de modo a impedir a prova da autoria da lesão e assim obviar a responsabilidade de A. Havendo auxílio material à prática do facto, poder-se-ia aventar a hipótese de cumplicidade, convocadora do artigo 490º CC, sendo em tudo análoga a situação àqueloutra em que apenas se deteta a incerteza causal alternativa. A aplicação da norma aos casos de coautoria, instigação ou auxílio à prática do ato ilícito é determinada pelo artigo 490º do mesmo diploma. Para lá da força cogente do direito positivo, temos a justificar a solução o facto de existir uma concertação entre os agentes que determina a existência de um só (e conjunto) comportamento lesivo. Assumindo cada um o seu papel, mas todos sendo determinantes para a emergência do dano, não faria sentido que apenas um pudesse ser obrigado ao pagamento de uma indemnização. Donde, e sem embargo de ulteriores

explicitações acerca da solidariedade ao nível da responsabilidade extracontratual, a pluralidade reclamada pelo artigo 497º CC harmoniza-se com a unicidade de comportamentos pressuposta pelo artigo 490º CC por via da desvelação de plúrimas esferas de responsabilidade, por meio das quais se vai edificar a imputação. Quer isto dizer que aquela norma deve ser interpretada não no sentido de exigir a pluralidade fisicamente comprovada de condutas ilícitas, mas no sentido de impor a existência de mais do que um responsável.

Sendo certo que esta não é uma posição unânime na doutrina portuguesa, cremos que ela é a que melhor corresponde ao sentido do justo. E, curiosamente, parece receber acolhimento recente na jurisprudência. Em dois acórdãos de 2015, os Tribunais portugueses vieram pronunciar-se sobre a questão da causalidade alternativa incerta. Em acórdão datado de 5 de maio de 2015, o Tribunal da Relação de Coimbra considerou que “provado o facto ilícito – invasão de terreno alheio e corte de árvores propriedade de um terceiro não interveniente no negócio – e o dano – árvores cortadas e destruição de um muro aí existente – e que tais factos ocorreram na sequência de um negócio de venda de árvores que o 1º réu fez ao 2º réu, tendo sido este quem procedeu ao respetivo corte, a falta de prova sobre qual deles se terá enganado na indicação ou perceção da estrema não poderá acarretar a isenção da responsabilidade de ambos os réus”. E mais acrescenta, apelando a uma ideia de esfera de risco para edificar a imputação (que não causalidade) de que se cura, que “encontrando-se em causa a alienação de pinheiros existentes no prédio do 1º réu até à estrema com o prédio confinante do autor, e sendo obrigação do Réu vendedor proceder à identificação precisa dos pinheiro a vender, e ainda que encarregando outem do respetivo corte, se vêm a ser cortadas árvores do prédio vizinho por erro na identificação das extremas, tal dano situa-se ainda dentro da esfera de risco ou de responsabilidade criada pelo negócio de alienação dos pinheiros”, pelo que, conclui, ambos deverão ser responsabilizados nos termos do artigo 497º CC. Também o Supremo Tribunal de Justiça, num acórdão datado de 19 de maio de 2015, vem admitir a responsabilização solidária no caso de uma participação em rixa da qual resultaram danos, não sendo possível imputá-los à conduta de cada um dos participantes. Embora continue a fazer apelo a uma ideia de *conditio sine qua non*, abre a possibilidade de responsabilização sem que esta seja provada.

Vídeos da apresentação

Parte I



Parte II



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3.

**Causalidade alternativa
e a jurisprudência dos
tribunais superiores –
ou “três caçadores
entram num bar...”**

Patrícia Helena Leal
Cordeiro da Costa



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CAUSALIDADE ALTERNATIVA E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – OU “TRÊS CAÇADORES ENTRAM NUM BAR...”¹

Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa*

1. Introdução. A causalidade como elemento da responsabilidade.
 2. A causalidade como elemento da responsabilidade.
 3. As teorias da causalidade – da visão filosófico-naturalista à visão normativa.
 - 3.1. A discussão filosófica.
 - 3.2. A transposição para o problema jurídico.
 4. A causalidade alternativa incerta – os problemas e as várias soluções propostas.
 5. Os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2015 e do Tribunal da Relação de Coimbra de 5 de Maio de 2015.
 6. Algumas reflexes.
 7. Conclusão.
- Referências bibliográficas.
Vídeo da apresentação.

“The law of causality, I believe, like much that passes muster among philosophers, is a relic of a bygone age, surviving, like the monarchy, only because it is erroneously supposed to do no harm” – Bertrand Russel, 1913

Resumo: no presente trabalho, propomo-nos analisar a problemática do nexo de causalidade ou de imputação objectiva, em sede de responsabilidade civil, tendo presentes algumas das situações que mais têm ocupado os pensadores do Direito nesta matéria, aqui se destacando as hipóteses de causalidade alternativa incerta. Tomando como pretexto duas recentes decisões dos Tribunais Superiores nacionais, abordaremos a evolução da doutrina e jurisprudência, com referência ainda a outros sistemas jurídicos, tentando encontrar algum conforto nos recentes desenvolvimentos verificados.

1. Introdução

Sendo frequentes as situações em que, na vida moderna, se podem colocar questões enquadráveis como hipóteses da causalidade alternativa, seria de esperar que tal frequência encontrasse correspondência num elevado número de decisões dos Tribunais, apreciando esta delicada matéria.

No entanto, uma pesquisa, ainda que perfunctória, feita a partir da expressão “causalidade alternativa” nas bases de dados de jurisprudência nacionais revelou-nos, em Janeiro de 2018,

¹ Por opção da autora, utiliza-se a grafia anterior à constante do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990.

* Juíza de Direito / Docente do Centro de Estudos Judiciários.

um universo de **apenas quatro acórdãos** dos Tribunais superiores portugueses em que tal expressão é utilizada, sendo certo ainda que em apenas dois deles a problemática é abordada como questão nuclear.

Pese embora talvez afastado da ribalta durante alguns anos pela doutrina e jurisprudência nacionais, sedimentadas em torno da doutrina da causalidade adequada e observando a alguma distância o debate mais vivo que se mantinha aceso em sede de direito penal, o virar do milénio viu ressurgir com nova intensidade a análise dos temas da causalidade e imputação também em sede de responsabilidade civil, mormente extracontratual.

A ideia de que alguém apenas deve responder pelos danos que realmente causou é partilhada pela generalidade dos sistemas jurídicos, sendo cara à própria ideia de Justiça.

Saber o que deve ser considerado como causa, para estes efeitos, é que já não colhe unanimidade.

A discussão passa logo por saber se o critério deve ater-se a um conceito importado das ciências naturais, ou orientar-se antes para um critério normativo.

Por outro lado, discute-se também se ainda tem sentido partir de um juízo de condicionalidade como base do juízo de causalidade, ou se a questão que importa resolver, para o direito da responsabilidade civil, quando se pretende apurar do nexo de causalidade, não é tanto saber o que foi a causa, mas sim se aquele dano pode ser imputado àquele facto do agente, podendo ou mesmo devendo afastarmo-nos do juízo de condicionalidade como ponto de partida desse juízo de imputação.

Entrelaçadas com estas questões, as de saber se é possível construir uma doutrina única de causalidade ou imputação, que abranja todas as situações e, por outro lado, se tem lugar a equacionamento do problema também à luz da ideia de um sistema móvel de responsabilidade civil, na esteira do pensamento de Walter Wilburg.²

As situações categorizadas como de causalidade alternativa incerta são das que mais têm dividido os estudiosos e aplicadores do Direito, o que bem se compreende. Na realidade, uma resposta positiva à questão de saber se tais situações podem fundamentar uma responsabilização dos possíveis lesantes determina, a nosso ver, uma opção incontornável na querela sobre a necessidade do juízo de condicionalidade como fundamento do juízo de imputação.

Pelo presente trabalho, propomo-nos a fazer um percurso, necessariamente breve, sobre a evolução do estudo da problemática da causalidade e da imputação objectiva em sede de responsabilidade civil extracontratual, com atenção em especial, por um lado, à problemática do juízo de condicionalidade e, por outro lado, às mais recentes tendências da doutrina pátria, focando-nos seguidamente no problema da causalidade alternativa incerta, após o que nos

² Sobre este tema, entre outros, cfr. GUICHARD, Raul, *A ideia de um sistema móvel...*, págs. 51-75.

detalharemos nos recentes e marcantes acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2015 e do Tribunal da Relação de Coimbra de 5 de Maio de 2015, os quais nos atrevemos a vaticinar poderem representar um ponto de viragem na jurisprudência nacional não só na questão da causalidade alternativa incerta, mas mesmo com referência ao problema geral da causalidade e de imputação objectiva em sede de responsabilidade civil.

2. A causalidade como elemento da responsabilidade

O conceito de causa pode desempenhar várias funções, consoante o campo em que nos situemos e o objectivo que com ela pretendamos atingir:

- A causa pode ser vista como uma *explicação*, no sentido de que explica o seu efeito;
- Como uma *prova* – sabendo-se que o fenómeno **x** causa o efeito **y**, perante um fenómeno do tipo **x** e um efeito do tipo **y**, podemos concluir que **x** causou **y**;
- E ainda como uma *instrução* – sabendo-se que o **x** causa o efeito **y**, e pretendendo-se evitar um efeito do tipo **y**, então deveremos impedir a produção de **x**.

O instituto da responsabilidade civil visa transferir para a esfera jurídica do lesante o encargo de suportar o dano sofrido pelo lesado, verificadas que sejam determinadas condições, uma das quais que entre a actuação (ou omissão) do lesante e o dano exista um nexo de imputação objectiva, como decorre entre nós, no caso da norma fundamental da responsabilidade civil extracontratual, do art. 483.º do Código Civil.

Poderá assim afirmar-se que, para o direito da responsabilidade civil, a questão que o conceito de causalidade tem de responder é a de saber se determinado dano pode ser reconduzido, em termos de imputação objectiva, à esfera de actuação do putativo lesante.

Nesse domínio, é conhecida a distinção feita por parte da doutrina, e que se considera muito importante, entre a *causalidade fundamentadora da responsabilidade* e a *causalidade preenchedora da responsabilidade*.³

Nas palavras de Ana Mafalda Barbosa, no campo da responsabilidade civil extracontratual, a primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou interesse protegido, enquanto a segunda liga esta lesão aos danos consequenciais verificados, sendo que a natureza binária do nexo de imputação objectiva, assim analisada, se justifica por vários motivos, revelando especial pertinência num ordenamento jurídico como o nosso em que a ilicitude, na norma

³ Situando a discussão apenas em Portugal, cfr. BARBOSA, Ana Mafalda, *Responsabilidade Civil Extracontratual – Novas Perspectivas...*, págs. 9 e segs., e, da mesma autora, *Lições de Responsabilidade Civil.*, págs. 249 e segs; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...*, págs. 270 e segs.; MOTA PINTO, Paulo, *Interesse Contratual Negativo...*, Vol. II, págs. 924 e segs.; ATAÍDE, Rui, *Responsabilidade Civil por Violação...*, págs. 757 e segs.. Fazendo também apelo à distinção, CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., *Direito Civil...*, pág. 100. Refere-se-lhe também MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil...*, quando esclarece que, no domínio da causalidade, podemos distinguir dois planos, para efeitos de análise: a causalidade enquanto pressuposto de responsabilidade civil; e a causalidade enquanto bitola de indemnização.

fundamental da responsabilidade civil extracontratual, assenta na verificação de um resultado (violação de um direito absoluto ou de interesse legalmente protegido), o que faz com que “seja imperioso saber se a lesão do direito pode ou não ser reconduzida ao comportamento do pretensu lesante. Em determinadas situações, será, aliás, esta a única via para se extrair uma conclusão acerca da própria ilicitude. É que, como bem se compreenderá, não é possível dizer que há ilicitude quando a morte, podendo estar relacionada com o comportamento do sujeito X, é o resultado das forças da natureza (...). Por outro lado, esta cisão revela-se ainda determinante à luz da finalidade reipersecutória da própria responsabilidade (...). Para que haja responsabilidade, é necessário que haja uma lesão de um bem jurídico ou de um interesse protegido que seja imputável a um sujeito diverso daquele que o titula. Problematisa-se, assim, o fundamento da responsabilidade, devendo-se posteriormente saber que danos são indemnizáveis ou não, na medida em que os danos devem ser causados através da lesão do interesse”.⁴

A matéria do presente trabalho centrar-se-á na causalidade fundamentadora da responsabilidade, primeiro momento de afirmação do juízo imputacional necessário ao funcionamento do instituto da responsabilidade civil.

3. As teorias da causalidade – da visão filosófico-naturalista à visão normativa⁵

3.1 A discussão filosófica

Os estudos filosóficos sobre a causalidade remontam pelo menos a Aristóteles, sendo retomados na modernidade por David Hume, para quem a causalidade, conforme nos relata Paulo Mota Pinto, pode ser definida “como sendo um objecto seguido por outro, quando todos os objectos similares ao primeiro são seguidos por objectos similares ao segundo. Ou, por outras palavras, quando se o primeiro objecto não tivesse existido, o segundo nunca teria existido”. Mas, como também sagazmente alerta Paulo Mota Pinto, em certa perspectiva não serão apenas “outras palavras”, mas duas definições distintas de causalidade que David Hume

⁴ BARBOSA, Ana Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, pág. 253.

⁵ Seguiremos muito de perto, neste segmento, os estudos desenvolvidos profusa e aprofundadamente na matéria, elencando sem pretensão de exaustividade apenas alguns, e tentando fazer um resumo da evolução do pensamento nesta matéria: BARBOSA, Ana Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, págs. 255 e segs.; MOTA PINTO, Paulo, *Sobre condição...*, págs. 930 e segs.; do mesmo autor, *Interesse Contratual Negativo...*, Vol. I, págs. 614 e segs., e Vol. II, págs. 922 e segs.; VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações...*, Vol. I, págs. 897 e segs.; MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil – VIII...*, págs. 531 e segs.; ATAÍDE, Rui, *obra citada*, págs. 761 e segs.; do mesmo autor, *Causalidade e Imputação Objectiva...*, págs. 181 e segs.; PEREIRA, Rui Soares, *O nexu de causalidade...*, págs. 106 e segs.; MOORE, Michael S., *Causation and Responsibility...*, págs. 371 e segs.; DOLEZAL, Adam/DOLEZAL, Thomas, *Conceptual Analysis...*, págs. 53 e segs.; QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe, *Essai sur la causalité...*, págs. 21 e segs.; KOZIOL, Helmut, *Basic Questions...*, págs. 132 e segs.; HITCHCOCK, Christopher, *Counterfactual Availability...*, págs. 171 e segs.; MENZIES, Peter, *The Role of Counterfactuals...*, págs. 186 e segs.; WRIGHT, Richard W., *Causation in Tort...*, págs. 1735 e segs.; do mesmo autor, *Causation, Responsibility...*, págs. 1001 e segs.; WRIGHT, Richard W./PUPPE, Ingebord, *Causation: Linguistic...*, págs. 461 e segs.; dos mesmos autores, *Causation in Law...*, págs. 1 e segs.; G’SSELL, Florence, *Causation, Counterfactuals...*, págs. 503 e segs.; STEEL, Sandy, *Causation in English Tort...*, págs. 243 e segs.; SCHAFER, Jonathan, *Contrastive Causation...*, págs. 259 e segs.; STAPLETON, Jane, *Choosing what we mean...*, págs. 433 e segs.; YOUNG, Robert/FAURE, Michael/FENN, Paul, *Causality and causation...*, págs. 507 e segs.; BARCENA ZUBIETA, Rogelio Arturo, *La causalidade...*, págs. 15 e segs.. E ainda, no domínio do direito penal, ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, Tomo I, págs. 346 e segs.; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal...*, Tomo I, págs. 304 e segs..

encerra na sua fórmula: “uma baseada na regularidade causal, e a outra numa concepção puramente contrafactual”.⁶

A concepção humeana faz assim apelo à ideia de regularidades para fundamentar a conexão causal, sendo que **x** é causa de **y** quando **x** for contígua a **y** no tempo e no espaço, **y** suceda a **x** no tempo, e todos os eventos do tipo **X** (similares a **x**) sejam regularmente seguidos com eventos do tipo **Y** (similares a **y**).

Desta formulação partiram as **teorias regularistas** da causalidade, de onde se destacam nomeadamente John Stuart Mill (inovando, em relação a Hume, nomeadamente no sentido de a causa não ser constituída apenas por um antecedente, consistindo antes na soma de vários antecedentes e, por outro lado, de o efeito poder ter uma pluralidade de causas) e John Leslie Mackie (destacando-se por formular a sua teoria no sentido de as causas deverem ser entendidas como condições INUS – “*insufficient but non-redundant part of an unnecessary but sufficient condition*” –, isto é, deverão ser uma parte insuficiente e não redundante de uma condição, esta última não necessária mas suficiente, para que possam dar lugar ao efeito).

Sobre as teorias regularistas, aponta-se às mesmas, nas suas formulações iniciais, não terem resolvido devidamente os problemas decorrentes de não distinguirem entre sucessão regular de eventos e conexão causal – correlação não é necessariamente causação –, apresentando ainda dificuldades em lidar com processos causais singulares, em que a conexão causal se afirma sem convocar qualquer lei de cobertura, não permitindo por outro lado que da singularidade se estabelecessem generalizações.

Mesmo a versão mais sofisticada de Mackie não escapou à crítica de não ser capaz de identificar a genuína causa nos casos de eventos correlacionados por uma causa comum, pois nesses casos um evento pode ser uma condição INUS de outro evento sem que estejam relacionados causalmente.

Também herdeiras da concepção humeana de causalidade, directamente tributárias da segunda parte da sua formulação, são as **teorias contrafactuais**, que se podem sintetizar na afirmação de que **x** é causa de **y** se, e apenas se, caso **x** não tivesse ocorrido, então **y** também não teria ocorrido, aqui se destacando os trabalhos de David Lewis. As teorias contrafáticas, relativamente às regularistas, permitem lidar com os casos de causalidade singular ou individual e, por outro lado, colocam ao mesmo nível todas as condições antecedentes do efeito, não as hierarquizando em termos de importância – todas elas são consideradas causas, pois todas contribuíram para o efeito. Analisando a causalidade como uma relação transitiva, a mesma é definida em termos de cadeias de dependência causal em que cada evento é causalmente dependente do precedente.

⁶ MOTA PINTO, Paulo, *Sobre condição...*, pág. 938, nota (13).

Por sua vez, Michael S. Moore refere que, saber se efectivamente David Hume deu uma definição dupla de causalidade, depende da teoria de contrafactuais que se adopte, concluindo que “*On the covering-law view of counterfactuals, Hume defined ‘causation’ but once...*”, visto que “*...Hume’s purportedly second definition of cause would, in reality, be no more than a restatement of his first.*” – MOORE, Michael S., obra citada, pág. 391.

As críticas lançadas a estas teorias são conhecidas: visto que não são capazes de destacar, do elenco de todas as condições, quais as que assumem especial relevância, considerando todas como causas, acabam por gerar uma multiplicidade de causas, mostrando-se cegas à distinção entre (verdadeiras) causas e “*background conditions*”. Ademais, as teorias contrafácticas são incapazes de lidar com determinadas situações de sobredeterminação ou de redundância causal, nomeadamente nos casos de causalidade cumulativa não necessária e de causalidade virtual, igualmente apresentando dificuldades em responder adequadamente aos casos em que se reconhece deverem ser imputados determinados resultados proibidos a comportamentos omissivos.

Outro conjunto de teorias pode agrupar-se sob a denominação de **teorias probabilísticas**, ou de aumento de probabilidades, tendo por ideia nuclear a de que as relações causais estão associadas a relações de dependência probabilística: os casos em que **x** causa **y** são os casos em que **x** aumenta a probabilidade de que ocorra **y**, consistindo a causa num factor estatisticamente relevante para a ocorrência do efeito. Estas teorias partem de uma postura céptica (apoiada numa visão não determinística do mundo e na consideração de que o conhecimento humano é necessariamente limitado) segundo a qual que não é possível afirmar, ou pelo menos não é possível provar, que as regularidades causais garantem que às causas se seguirão, *invariavelmente*, os seus efeitos; ao invés, apenas se poderá testar empiricamente a hipótese e expressá-la em termos estatísticos.

As objecções lançadas a estas teorias são várias, permitindo-nos destacar, por lhe ser muito própria, a incapacidade para lidar com as situações em que o evento aumenta e diminui, ao mesmo tempo, a probabilidade do efeito, através da intervenção de eventos intermediários.⁷

A que acresce a objecção evidente que um evento pode aumentar em medida estatística superior a probabilidade de ocorrer determinado efeito, em comparação com outro, e ser este último que, na realidade, vem a causar o efeito.

Alinham-se também várias teorias agrupadas sob a égide de uma visão realista do mundo externo e que percepcionam a relação causal não apenas como uma construção intelectual, epistemológica, mas como uma relação ontológica – **realismo causal** –, aqui se incluindo teorias como as de transferência, de causalidade física, de mecanismo causal, e outras.

A par destas divergências, transversalmente cruza-se outra: a que divide quem considera que apenas existirá uma descrição verdadeira do que se deve entender-se por conexão causal – **visão monista** – de quem, por sua vez, considera que deverão ser aceites distintas aproximações da causalidade – **visão pluralista**.

Para seguir as palavras de Barcena Zubieta, atenta a imagem expressiva que utiliza, esta aproximação pluralista utiliza uma analogia que compara a causalidade a uma enfermidade, ou

⁷ O exemplo dado por BARCENA ZUBIETA, Rogelio Arturo, *obra citada*, págs. 60 e segs., e que temos vindo a seguir de perto, ajuda a perceber melhor o problema: o consumo de anticoncepcionais orais aumenta a probabilidade de trombose, por favorecer a coagulação do sangue; por outro lado, ao evitar com grande eficácia a gravidez, e considerando que para uma elevada percentagem de mulheres, a gravidez é causa de trombose, o referido consumo igualmente reduz a probabilidade de trombose.

seja, a ideia de que a causalidade tem diferentes sintomas: regularidades, dependência contrafáctica, aumento de probabilidades, processos físicos, mecanismos, etc., sendo que, quando se afirma que **c** causou **e**, é porque ao menos algum desses sintomas está presente, não sendo necessário que estejam todos presentes, ou sequer que estejam vários deles.⁸

3.2 A transposição para o problema jurídico

Conforme nos esclarece Paulo Mota Pinto, a “discussão sobre a recepção no Direito de uma noção de causalidade pré-jurídica, própria das ciências naturais, encontra-se igualmente noutras ordens jurídicas, distinguindo-se muitas vezes uma ‘causalidade de facto’ e uma ‘causalidade jurídica’”.⁹

A análise da evolução do conceito de causalidade no âmbito nomeadamente da responsabilidade civil extracontratual mostra que, se num primeiro momento se verificou uma recepção da concepção naturalística de causalidade, seguida da introdução de algumas correcções por via normativa sem porém prescindir daquela base naturalística, posteriormente foram avançadas teorias centradas no quadrante normativo, colocando o problema não já como de causalidade, mas sim como de imputação objectiva, importando nessa medida saber quais os critérios que deverão ser seguidos para se decidir se um determinado resultado lesivo deve ser ou não imputado à conduta do agente.

O ponto de partida pode ser localizado na **teoria da equivalência das condições** ou da **conditio sine qua non**, teoria contrafactual surgida com Glaser e Von Buri no século XIX, em pleno positivismo, e que postula que causa é o facto sem o qual não se teria verificado o resultado.

Nessa medida, todas as condições que contribuíram para a produção do resultado são causais e devem ser consideradas em posição de igualdade.

Para aferir se uma determinada condição é causal, deve-se recorrer a um processo hipotético de eliminação mental da mesma (“*but for test*”, no direito anglo-saxónico) e, caso se conclua que, sem a condição, o resultado não se produziria, está estabelecida a relação causal.

A teoria da equivalência das condições emprega um conceito de causa amplo, podendo incluir as causas das causas *ad infinitum*,¹⁰ acarretando assim consigo o risco de proliferação excessiva de causas, efeito que apenas pode ser moderado num segundo momento através do estabelecimento de limites à responsabilização nomeadamente por apelo a critérios de culpabilidade ou a critérios normativos de imputação objectiva.

⁸ BARCENA ZUBIETA, Rogelio Arturo, *obra citada*, págs. 81-82.

⁹ MOTA PINTO, Paulo, *Interesse Contratual Negativo...*, Vol. II, págs. 922-924, nota (2588). Para além da literatura ali referida, cfr. ainda, com interesse sobre a questão, BARBOSA, Ana Mafalda, *A Conformação da Causalidade...*, págs. 219 e segs..

¹⁰ “*Le risque d’engager «la responsabilité de l’univers»*”, na expressão feliz de QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe, *obra citada*, pág. 35.

É certo que, no que ao Direito respeita, e mais concretamente à responsabilidade civil, verdadeiramente a crítica poderá falhar o alvo, visto que os eventos cuja ligação causal se procura estabelecer estão de certa forma determinados antes do início do teste *sine qua non*; dito de outro modo, aquando da operação de supressão hipotética da condição, já se sabe que os factos a considerar são a lesão do direito ou interesse protegido, por um lado, e a conduta do putativo lesante, por outro, pois que, como vimos, a questão a resolver, no nosso problema, não é tanto a de saber o que causou o resultado proibido (causa como explicação), mas antes o de saber se este pode ser imputado à conduta do pretense lesante (causa como critério de responsabilização).

Porém, paradoxalmente, a teoria afasta a conexão causal em casos em que tal parece não se justificar, como sejam os casos de causalidade virtual (A dispara sobre B, e B morre; mas se B sobrevivesse, teria morrido do veneno que, antes de A ter disparado, C tinha colocado na comida que B ingerira; não se pode afirmar que o resultado morte não teria ocorrido se A não tem disparado sobre B), de causalidade cumulativa não necessária (também categorizados como casos de sobredeterminação ou de redundância causal: A e B disparam sobre C, atingindo-o, sendo ambos os tiros suficientes a, independentemente, causar a morte; não se pode afirmar que se A não tivesse disparado, C não morreria, o mesmo se passando com B), ou de causalidade alternativa incerta (que melhor analisaremos adiante), sendo igualmente problemática no estabelecimento da relação causal entre um resultado e um comportamento omissivo (A, filho de B, está a afogar-se e B nada faz para o socorrer; em termos lógicos, se B nada fez, nada há para eliminar mentalmente em termos hipotéticos a fim de averiguar se o afogamento de A sempre teria ocorrido; ao invés, para se poder imputar o resultado do afogamento que veio a ocorrer a B, termos de fazer intervir não só um comportamento activo imaginado de B – a prestação de socorro – como ainda concepções valorativas – o dever de agir de B, decorrente da sua posição de garante em relação a A, assim se desfazendo a pureza naturalística e neutralidade que a teoria pretendia manter).

Por outro lado, o processo hipotético de eliminação mental pressupõe que já se saiba a resposta à pergunta sobre a existência ou não de ligação causal entre o evento e o resultado.

Concretizando: para podermos responder se **x** foi *conditio sine qua non* de **y**, ou seja, saber se caso eliminarmos **x**, **y** desaparece, então teremos primeiro de saber se **x** causou **y**.

Outras deficiências são apontadas a esta doutrina: parte de uma visão determinística do mundo, ela própria já rejeitada pelas ciências exactas, sendo certo ainda que, “ao nível jurídico, o direito não pode ser determinado pelo ser, na medida em que se traduz num dever-ser”; por outro lado, não apresenta resposta bastante para os casos em que o lesado tem um papel concorrente no processo causal, quer em termos de concorrência de culpas, quer nas situações em que um o curso causal se iniciou num comportamento do lesado, influenciado psicologicamente por um terceiro.¹¹

¹¹ BARBOSA, Ana Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, pág. 257.

Veja-se ainda, a respeito da causalidade psicológica ou interpessoal, BARCENA ZUBIETA, Rogelio Arturo, *obra citada*, págs. 134 e segs., onde se apontam as dificuldades de compatibilizar o teste *sine qua non* com a influência psicológica de terceiro não só em face da natural indeterminação das motivações interpessoais, por um lado, que

Como forma de superação de pelo menos parte das críticas apontadas, os defensores do juízo de condicionalidade apontam que o que interessa é olhar para o concreto resultado tal como o mesmo ocorreu, na sua precisa configuração concreta, nomeadamente em termos de circunstâncias de tempo, lugar e modo.

Tal permitirá ultrapassar as dificuldades levantadas pelas situações de causalidade cumulativa não necessária (no caso anteriormente referido, a morte de C só ocorreu *daquele concreto modo* porque A e B dispararam contra si), e de causa virtual (*naquela situação concreta, naquelas condições, naquele tempo, modo e lugar*, a causa virtual não foi operante, mas apenas a causa real).¹²

Um dos problemas apontados a este refinamento é o de que tudo passará então a depender da descrição mais ou menos pormenorizada que se faça dos factos, sendo certo que, se já se apontava à teoria da equivalência das condições a característica negativa de potenciar a proliferação de causas, esta formulação correctiva vem afinal trazer ainda mais complexidade ao exigir agora uma descrição “à lupa” do resultado.

Ora, para evitar que se tenham de trazer à liça todas e quaisquer circunstâncias, mesmo as irrelevantes, terá então primeiramente de se realizar uma operação de selecção por forma a saber o que é a configuração concreta do resultado relevante, e o que são elementos laterais sem relevo, apesar de contribuírem para a sua definição concreta. Tal operação só será eficaz se apelarmos ao fim da norma em jogo, ou seja, convocarmos valorações normativas, o que coloca em causa a pretendida natureza neutra do juízo de condicionalidade.

Aponta-se ainda o perigo de se poder “obter as conclusões causais que se pretender, manipulando a descrição do resultado, isto é, incluindo na descrição do resultado concreto justamente aquela(s) circunstância(s) para as quais aquela pessoa, cujo comportamento se pretende que seja considerado causal para o resultado (global), põe uma condição necessária, caindo assim num círculo vicioso”, objecção que, para não ser determinante, “pressupõe, secundamente, para ser contornada, uma orientação segundo um critério normativo (fim da norma), que guie um procedimento argumentativamente rigoroso de delimitação entre circunstâncias adjacentes relevantes e irrelevantes”.¹³

Ciente dos problemas que a teoria da condição sem a qual apresentava nos casos de sobredeterminação causal, Robert W. Wright dividiu um novo teste de apuramento da conexão causal, que denominou de NESS (acrónimo para “*necessary element of a suficiente set*”), com base na consideração de causa como condição necessária de um grupo de condições conjuntamente suficientes para dar lugar ao efeito – ideia primeiramente formulada por Herbert Hart e Antony Honoré, refinada posteriormente por John Leslie Mackie (tal como

torna difícil prever como se comportaria a vítima, mas também porque, em regra, as pessoas actuam por mais do que uma razão, apresentando-se tais situações como uma espécie de sobredeterminação causal.

¹² Para maior detalhe, veja-se nomeadamente BARBOSA, Ana Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, págs. 259-260, nota 587; MOTA PINTO, Paulo, *Sobre condição e causa...*, págs. 940 e segs.; QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe, *obra citada*, págs. 42-43, § 41; autores que se vem acompanhando muito de perto.

¹³ MOTA PINTO, Paulo, *obra citada*, pág. 946.

acima referido, com o seu sistema INUS) no plano filosófico e por Richard W. Wright no campo jurídico.

Esta proposta é tributária não tanto das teorias contrafactuais da causalidade, mas sobretudo das teorias regularistas (assentando na ideia de que um enunciado causal singular será verdadeiro realizar uma lei causal de cobertura a partir da qual se estabelecem as condições que são suficientes para dar lugar ao resultado), pese embora poder ser ainda formulado em termos contrafactuais, conforme dá nota Paulo Mota Pinto: “um facto é condição suficiente do resultado se num mundo hipotético em que o resultado não se verificou, aquele não pode ver-se verificado”.¹⁴

Continuando a seguir este autor, verifica-se o teste NESS é superior ao teste *sine qua non* nas situações de causalidade cumulativa não necessária em que os processos causais terminam ao mesmo tempo.

Mas já não revela tal capacidade nos casos de causalidade hipotética ou virtual, pois ambas as causas (real e virtual) pertencem a conjuntos de causas suficientes, pelo que o teste NESS, por si, não elimina a causa virtual. Só se se realizar a mesma operação de concretização do resultado no tempo, modo e espaço, com as desvantagens já apontadas, é que se poderá distinguir a causa real da virtual para se poder então afirmar que, *nas específicas circunstâncias do caso*, esta última não foi suficiente.

Apesar de criticada, a teoria da condição *sine qua non* foi amplamente aceite,¹⁵ pelo menos como referencial mínimo de estabelecimento de causalidade, tendo os desenvolvimentos subsequentes da doutrina sido orientados no sentido de a aperfeiçoar, sem porém a abandonar como ponto de partida, tendo como objectivo restringir as consequências tidas por excessivas da consideração como causa de toda a condição sem a qual o resultado não se teria verificado, através da intervenção de critérios normativos.

É nesse contexto que surge a **teoria da causalidade adequada** com Von Kries e que, conforme nos dá conta Christophe Quézel-Ambrunaz, assumiu variadas formulações, reconduzíveis ao núcleo comum de que causa é uma condição que se conclui ter sido, através de um juízo de prognose póstuma, objectivamente de natureza a produzir o tipo de resultado verificado.

Dentro das suas várias formulações, as mesmas poderão agrupar-se entre as que privilegiam uma *abordagem subjectiva*, como sucedeu com a posição de Von Kries, analisando a previsibilidade do resultado tendo em atenção a perspectiva do lesante, pese embora posteriormente tenha acrescentado elementos relacionados com deveres de previsão por parte do lesante (quando o seu acto aumenta a probabilidade objectiva de produção do dano); e as que, por sua vez, deslocam a atenção para uma *abordagem objectiva* (aqui se incluindo as posições de Rümelin, que introduziu o critério do prognóstico objectivo retrospectivo; de

¹⁴ MOTA PINTO, Paulo, obra citada, pág. 949, nota (41).

¹⁵ Está aliás prevista no artigo 3:101 dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil (PETL) organizados pelo European Group of Tort Law: Quanto ao direito alemão e austríaco, veja-se o relato de KOZIOL, Helmut, *Basic Questions...*, págs. 133 e segs., admitindo porém excepções ao requisito da condição sem a qual.

Traeger, apelando ao curso normal das coisas; Enneccerus, defendendo uma presunção de adequação da causalidade quando um facto seja condição *sine qua non* do dano, salvo se se demonstrar que, de um modo geral, normal, o facto é indiferente para aquele tipo de danos.¹⁶ A posição de Traeger é categorizada como *formulação positiva da teoria*, no sentido de apenas serem indemnizáveis os danos que, segundo as regras da normalidade das coisas, sejam consequências típicas do facto, sendo assim causa adequada aquela que, de um modo geral, favorece a produção do resultado lesivo; ao passo que a posição de Enneccerus, seguida também por Lehmann, é denominada de *formulação negativa*, afirmando que uma um facto que seja condição de um dano apenas não será causa do mesmo se se demonstrar que tal facto, pela sua natureza geral, é indiferente para provocar aquele tipo de danos, apenas o tendo provocado naquele caso concreto por terem ainda intervindo circunstâncias anormais ou atípicas.

Visto continuar a assentar num juízo de condicionalidade necessária, a teoria da causalidade adequada igualmente não fornecia resposta tida por adequada para as situações de causalidade psicológica, de causalidade cumulativa não necessária, ou de causalidade hipotética, juntando-se-lhe agora, atento o requisito da adequação, ainda os casos de causalidade cumulativa necessária (visto que a condição isoladamente considerada não pode ser considerada adequada a provocar um resultado que só veio a produzir, em concreto, mediante a intervenção de outra condição – são os casos em que, por exemplo, A e B, sem saberem um do outro, administram doses não letais, individualmente consideradas a C, que vem a morrer porque a combinação das duas doses vem a revelar-se mortal).

Por outro lado, a convocação de juízos de previsibilidade, mais ou menos subjectivos, leva a que a mesma teoria possa sustentar soluções diametralmente distintas, para além de nos remeter para o campo mais próprio da culpabilidade quando faz apelo ao conhecimento do concreto lesante.

A tudo acresce que, consoante a maior ou menor pormenorização que se faça na descrição dos factos, se poderá igualmente chegar a respostas distintas para a mesma questão.¹⁷

Outra aproximação ao problema da imputação objectiva, de pendor marcadamente mais normativo, foi trazida pela **teoria do escopo da norma violada**, desenvolvida por Ernst Rabel e acolhida, entre nós, nomeadamente por Menezes Cordeiro.¹⁸

¹⁶ QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe, *obra citada*, págs. 71 e segs.. Ainda dentro das teorias de abordagem subjectiva, importava também determinar o campo de circunstâncias que seriam tidas em conta para determinar a previsibilidade e o seu modo de percepção, e nomeadamente saber se se devem tomar em conta os conhecimentos particulares do lesante. Neste conspecto, Von Kries entendia que, para saber se o agente tinha o dever de prever o resultado, no que diz respeito ao conhecimento ontológico – ou seja, o conhecimento das condições particulares envolvendo o evento - devia atender-se ao conhecimento que o agente tinha no momento da sua acção, enquanto que no que se refere ao conhecimento nomológico – isto é, das leis abstractas que regem os factos, e especialmente as leis científicas -, o mesmo devia ser o de um homem normal, tendo em conta a época em que o mesmo vive.

¹⁷ A este respeito, cfr. ATAÍDE, Rui, *Causalidade e Imputação...*, pág. 194; BARBOSA, Ana Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, págs. 260-262.

¹⁸ MENEZES CORDEIRO, obra citada, págs. 548-549. O autor, partindo da *conditio sine qua non* como filtro negativo da causalidade enquanto pressuposto da responsabilidade civil, aplica depois os critérios da adequação ou, então,

A ideia geral proposta centra-se na identificação da finalidade e extensão da norma violada, quer quanto a saber quem são os sujeitos que a mesma visa proteger, que interesses pretende tutelar e que danos são indemnizáveis à sua luz.

O campo natural de aplicação desta teoria é precisamente quando existe uma norma através da qual se possa determinar esse âmbito de protecção, o que, no caso português, causa dificuldades quanto à primeira modalidade de ilicitude prevista no art. 483.º do Código Civil.

Por outro lado, se não for acompanhada de factores correctivos da *conditio sine qua non*, não escapará a muitas das críticas que a esta última teoria se poderão opor, o que leva que muitos dos seus proponentes, como sucede por exemplo com Menezes Cordeiro, não abduquem da intervenção do critério da adequação.

Podemos ainda verificar que a teoria veio a ser acolhida como um dos critérios previstos no artigo 3.201 dos PETL de delimitação da responsabilidade.

Tentando superar as dificuldades que têm vindo a ser apontadas, surgiu um novo conjunto de teorias, que podemos agrupar sob a denominação de **teorias do risco**, cujo pilar, conforme nos esclarece Rui Ataíde, “assenta no princípio do risco – baseando-se na ponderação, própria de um Estado de Direito, entre a protecção de bens jurídicos e os interesses de liberdade individuais, de acordo com a medida da proporcionalidade – segundo o qual deve ser responsabilizado o agente que, pelo seu comportamento faltoso, criou ou incrementou o perigo de lesão do bem jurídico protegido – não coberto pelo risco permitido – o qual se veio efectivamente a concretizar na produção do resultado ilícito”.¹⁹

É neste contexto que surge a problematização da relevância do comportamento lícito alternativo.

Em Portugal, Rui Ataíde é tributário desta teoria, conjugando-a com outros critérios de imputação, para concluir afigurar-se-lhe “que o processo de imputação se baseia, essencialmente, no princípio do risco, combinado com a ideia de adequação, devendo os seus resultados ser sindicados, sempre que possível, pela teoria do escopo da norma, embora em determinados “casos-limite”, a valoração do evento ilícito como obra do agente/omitente possa dispensar um ou outro destes critérios”.

Assim, para o autor, qualquer conduta desvaliosa abre determinadas sendas de riscos específicos, que se poderão materializar ou não (nomeadamente podendo tal materialização ser afastada por via do concurso do comportamento atípico do lesado), mas devendo-se ter porém em atenção que do risco específico em apreço se deve distinguir o risco geral da vida, o qual já não permitirá a imputação do resultado.

que tenha sido provocada pelo agente, para depois surgir como elemento decisivo de imputação o escopo da norma violada.

¹⁹ ATAÍDE, Rui, *Causalidade e Imputação...*, pág. 200.

Alerta o autor, porém, que é ainda imprescindível que o risco criado se tenha concretizado no evento proibido, ou seja, que haja uma conexão material entre o risco gerado pela conduta e o resultado ilícito, sendo certo que a imputação de um determinado facto ilícito opera, frequentemente, com recurso a juízos de mera probabilidade sobre onexo causal, havendo aliás domínios que não poderá deixar de ser assim, para concluir que, “conscientemente ou não, é o pensamento do sistema móvel aplicado à imputação objectiva que inspira estas decisões normativas: uma causalidade provada basta-se com uma perigosidade reduzida; perigosidade elevada satisfaz-se com uma causalidade potencial”, convocando para o efeito o pensamento de Franz Bydlinski.²⁰

Partindo também da ideia de edificação de esferas de risco, Ana Mafalda Barbosa dá um passo decisivo no panorama doutrinário nacional, colocando o acento tónico na compreensão normativa do problema da imputação objectiva, no sentido de a mesma dever ser entendida “à luz da pressuposição ético-axiológica da juridicidade e das exigências de sentido comunicadas pela intencionalidade problemática de cada caso concreto”.²¹

Para a autora, a responsabilidade é indissociável da liberdade, a qual por sua vez se concretiza pela possibilidade de cada um de se autodeterminar, optando por diversas alternativas de acção.

Nessa actividade de opção de acção, a escolha livre e axiológico-juridicamente fundada é a que realiza a essência predicativa do ser pessoa, da dignidade do ser humano, aqui se considerando não só o ser “eu” mas também o “outro”.

“A responsabilidade pode, então, nessa sua indissociável relação com a liberdade, ser perspectivada a montante, traduzindo-se na assunção de certos deveres tendentes a garantir as condições de vida da humanidade (o que, no plano dogmático, se pode traduzir na antecipação de mecanismos de protecção de bens jurídicos); ou a jusante, quedando-se ela, aí, na imposição de uma obrigação ressarcitória, vista, em congruência com tudo o que foi dito, não como uma limitação da liberdade, mas uma actualização dela, segundo os vectores animadores da pessoalidade e da posição ética que esta ocupa no sistema (...).

Metodologicamente, se toda a interpretação da norma faz apelo aos princípios que ela leva pressupostos, então o cumprimento das exigências de princípio comunicadas pelo sentido do direito (...) só será logrado se e quando todas as categorias harmonicamente articuladas para fundar a sua procedência forem interpretadas, no cotejo com o caso concreto, tendo em consideração as finalidades primárias desse ressarcimento, mas ainda a intencionalidade normativa dela” Assim, e no que respeita à causalidade, “...mais do que ser vista como um problema normativo, há de ser recortada, entre outros aspectos, com base na ideia da pessoalidade livre em que se ancora toda a juridicidade.”²²

²⁰ ATAÍDE, Rui, *obra citada*, págs. 201-217.

Para outra abordagem da teoria do aumento do risco, veja-se STEEL, Sandy/IBBETSON, David, *More Grief on Uncertain...*, págs. 451-468; no domínio ambiental, BORGES, Ronaldo Souza, *O Nexo de Causalidade...*, págs. 111 e segs.;

²¹ BARBOSA, Ana Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, pág. 266.

²² BARBOSA, Ana Mafalda, *obra citada*, pág. 267-268.

A autora chama a atenção que, sendo a finalidade da responsabilidade civil a reparação dos danos, não se pode deixar de considerar o resultado lesivo, sob pena de o instituto perder a sua finalidade primacial, a reparadora, para se transformar num instituto puramente sancionatório.

Nessa medida, não pode o problema da causalidade perder de vista o dado ontológico envolvente, o qual, em interacção com o plano axiológico, influenciará a modelação deste requisito.

É neste contexto que o risco é “chamado para o centro do discurso do decidente. O apelo à conformação societária como uma comunidade de risco serve menos para evidenciar a perigosidade de cada acto concreto (...) do que para mostrar que, sendo aquele risco imanente ao *modus vivendi*, não será possível ajuizar causalmente abstraído do contexto relacional das esferas que se cruzam”.²³

A autora encontra assim como fundamento do juízo de imputação objectiva a assunção, pelo putativo lesante, de uma esfera de risco criada com o seu comportamento, visto como uma categoria onto-axiológica, cotejando essa esfera de risco com a esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros que se situam no horizonte de actuação do agente, e ainda com a esfera de risco geral da vida.

“A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa actua investida num especial papel/função, ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por usso, que haja um aumento do risco que pode ser comprovado, exactamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional ao definirem um círculo de responsabilidade a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo (...). Assim, para que haja imputação objectiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o gérmen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objecto, ou por inidoneidade do meio; um positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento de risco*.

²³ BARBOSA, Ana Mafalda, *obra citada*, pág. 268.

Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não-criação do risco*), quando haja *diminuição* do risco e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo*.²⁴

No que diz respeito à intervenção que o juízo de condicionalidade necessária possa ou deva ter em matéria de imputação objectiva, a autora considera que não deveremos enredar-nos num juízo logicista de condicionalidade, visto que o que o mesmo faz é apenas atestar da relevância ou irrelevância do comportamento do pretense lesante para a emergência da lesão, sendo que, porém, tal relevância “já foi testada a montante, porque, ainda que o juízo acerca da assunção de uma esfera de risco convoque a ideia de razoabilidade própria do homem médio, ela não deixa, na dialéctica anunciada, de se ater a dados de concretude bastante para afastar danos impossíveis ou comportamentos não idóneos para causar a lesão (...). Por isso, propomos, também em alternativa, que o jurista se certifique da incidência do comportamento do lesante na história do surgimento do evento lesivo. Dito de outro modo, há que provar que a conduta do agente teve um papel na história do evento danoso. Só que, para isso, não nos interessa um *but-for-test* ou um *NESS-test*, antes nos bastando o envolvimento do facto na história da lesão, que é pressuposto na análise da edificação de uma esfera de risco/responsabilidade e se torna translúcido no momento da comprovação da hipotética relevância problemática do caso, isto é, no momento em que o lesado apresente os contornos da situação material controvertida e a prove”.²⁵

Entendimento que se vem a revelar determinante no tratamento das hipóteses de causalidade múltipla, aqui se incluindo os de causalidade alternativa incerta.

²⁴ BARBOSA, Ana Mafalda, *obra citada*, págs. 269-270.

Esta passagem traz-nos um pouco à memória a ideia de “evitabilidade” que é convocada por Paulo Mota Pinto – MOTA PINTO, Paulo, *obra citada*, págs. 959 e segs. –, no sentido de que a imposição de responsabilidade apenas faz sentido quando o resultado não era facticamente inevitável, sendo o dano imputado ao agente quando ele não o evitou apesar de o poder e dever fazer, pese embora aqui a evitabilidade seja equacionada ainda no âmbito do juízo de condicionalidade necessária. Nesta matéria, veja-se também KOZIOL, Helmut, *Basic Questions...*, págs. 134.

Ainda a propósito das notas de evitabilidade e livre arbítrio, que cremos serem nucleares em qualquer sistema de responsabilidade, mesmo uma visão determinista do mundo físico não tem impedido que se aceite a ideia do livre arbítrio humano. É o caso do filósofo Daniel Dennett, entre outros, para quem, apesar de, em sentido físico estrito, as nossas acções poderem ser determinadas, podemos ainda assim ser livres no que interessa por conta das capacidades que desenvolvemos e de que somos responsáveis. O conceito de evitabilidade, por oposição ao de inevitabilidade, é essencial para este autor, enquanto capacidade do agente de antecipar possíveis consequências e agir para evitar as indesejáveis. O autor realça até que a evitabilidade não só é compatível, como pressupõe determinismo, pois sem este o agente não poderia antecipar as consequências para os seus actos – DENNETT, Daniel, *Freedom Evolves*, pág. 56.

²⁵ BARBOSA, Ana Mafalda, *obra citada*, págs. 275-276.

4. A causalidade alternativa incerta – os problemas e as várias soluções propostas²⁶

Na decorrência do que já fomos avançando anteriormente, um dos problemas com que as teorias baseadas no juízo de condicionalidade necessária se enfrentam são os resultantes de situações de causalidade múltipla, aqui se incluindo as hipóteses de causalidade alternativa incerta (denominada por alguns de causalidade anónima).

Para seguir a sistematização da autora que agora se tem vindo a citar, poderemos agrupar os casos de causalidade múltipla nas seguintes categorias:²⁷

- a) Causalidade cumulativa não necessária, também designada de dupla, plural ou adicional, em que há várias causas para um dano, qualquer uma das quais suficiente para, individualmente, produzir o resultado;
- b) Causalidade cumulativa necessária, quando vários eventos causaram um determinado resultado, sendo este o produto da intervenção agregadora daqueles eventos, sendo certo que sem o contributo de um o dano já não se produziria;
- c) Causalidade alternativa incerta, onde se verifica existirem duas causas potenciais para o dano, mas em que apenas uma o causou efectivamente, sem que porém se consiga determinar qual delas foi.

Nas situações de **causalidade cumulativa necessária**, pese embora superem o teste da *conditio sine qua non*, não superam já o teste da adequação, como vimos, pois cada causa, individualmente considerada, não será adequada a, de acordo com a normalidade das coisas, provocar aquele resultado.

Ainda assim, verificamos que, pelo menos no que à doutrina nacional diz respeito, e por apelo aos ars. 483.º e 497.º do Código Civil, se entende que se deverão responsabilizar solidariamente ambos os agentes (verificando-se os demais pressupostos da responsabilidade civil, naturalmente), sendo-lhes assim imputável aquele resultado.

²⁶ Sobre esta concreta temática, vários trabalhos de referência foram produzidos, quer na doutrina nacional, quer estrangeira, e que aqui foram consideradas, permitindo-nos destacar: ABERKANE, Hassen, *Du dommage causé ...*, págs. 516-554; CALVÃO DA SILVA, *Causalidade Alternativa...*, págs. 465-459; BANAKAS, Stathis, *Causalité juridique et imputation ...*, págs. 5 e segs.; COGGIOLA, Nadia, *L'accertamento del nesso ...*, págs. 1782-1798; da mesma autora, *Asbestos Cases in the Italian Courts...*; COMANDÉ, Giovanni/NOCCO, Luca, *Proportional Liability ...*, págs. 2-40; DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Actuación danosa de los grupos*, págs. 975-1006; DÍAZ, Rodrigo Barría, *El daño causado por el miembro...*; SOBCZAK, Faro, *A comparison between...*, págs. 1155 e segs.; GIFFORD, Donald G., *The Challenge to...*, págs. 873 e segs.; GONZÁLEZ, Albert Ruda, *La responsabilidad por cuota de mercado...*; LAFUENTE, Virginia Múrtula, *Causalidad alternativa...*; MULHOLLAND, Caitlin, *Alternative causation...*; OLIPHANT, Ken, *Uncertain Factual Causation in the Third Restatement...*; págs. 1599-1632; do mesmo autor, *Causation in Cases of Evidential Uncertainty...*, págs. 587-602, e ainda *Against Certainty in Tort Law*, págs. 1-18; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e Imputação...*; da mesma autora, *A Prova do Nexo de Causalidade...*, págs. 172 e segs.; PEREIRA, Rui Soares, *O nexo de causalidade...*, págs. 1373 e segs., e 1447 e segs.; PINTO OLIVEIRA, *Em tema de...*, págs. 513 e segs.; PORAT, Ariel/ STEIN, Alex, *Tort Liability...*, págs. 61 e segs.; SILVEIRA, Diana Montenegro da, *Responsabilidade Civil por Danos...*; SINDE MONTEIRO, *Définition de la causalité...*; THIEDE, Thomas, *Defective Pharmaceuticals...*, págs. 617-624; YOUNG, Robert/FAURE, Michael/FENN, Paul, *Causality and causation...*, págs. 507-523.

²⁷ BARBOSA, Ana Mafalda, *obra citada*, págs. 276 e segs.. Acompanha-se ainda MOTA PINTO, Paulo, *obra citada*, págs. 933-937, notas (9) e (10).

Quanto às hipóteses de **causalidade cumulativa não necessária**, apesar de falharem o teste da condição sem a qual, a resposta da doutrina nacional também tem sido no sentido da imputação do resultado a todos os agentes, por aplicação analógica do art. 497.º do Código Civil.²⁸

A questão é, a nosso ver, mais delicada nos casos de **causalidade alternativa incerta**.

Incluem-se aqui vários tipos de situações, de que podemos dar alguns exemplos, retirados de casos que ficaram conhecidos na literatura especializada:

- A e B disparam ao mesmo tempo em direcção a C. Apenas um dos tiros atinge C, sem que se consiga determinar se foi o tiro disparado por A ou por B, vindo C a falecer;
- A, B e C envolvem-se numa rixa de que resultam lesões físicas e danos materiais para o dono do estabelecimento onde se encontravam, D, não se conseguindo determinar qual dos primeiros (A, B ou C) concretamente provocou tais lesões e danos;
- Vários jovens encontram-se a lançar pedras e um deles, dentro de um grupo determinado, mas sem se conseguir apurar a sua identidade, lança uma pedra que causou danos na janela de uma habitação vizinha;
- A, B e C tomaram, ao longo de um período de tempo prolongado, o mesmo tipo de medicamento, comercializado por dois laboratórios (D e E), vindo a sofrer reacções adversas. Não se conseguiu determinar, porém, se os medicamentos tomados pelos lesados fora produzido pelo laboratório D ou E, ou por ambos.

Em estudo recente de Nuno Manuel Pinto Oliveira, são também assinalados vários casos de causalidade alternativa, que se podem agrupar em dois grandes grupos.²⁹

O primeiro, e passa-se a citar, “caracteriza-se pela circunstância de todas as explicações apontarem para que o dano seja imputado a uma pessoa. O fenómeno será então de concurso entre explicações causais responsabilizantes”. Como exemplos, são apontados os seguintes:

- Os casos de participação em rixa, em que se provoca a morte ou a lesão corporal de um dos participantes ou de um terceiro;
- Os casos de participação em jogos notoriamente perigosos para o público, em que igualmente se provoca a morte ou a lesão corporal de um terceiro;
- O de um montanhista ter sido atingido por uma pedra e de só não ter sido atingido por outra por muito pouco, sabendo-se que uma das pedras foi projectada por causa

²⁸ Neste sentido, cfr. BARBOSA, Ana Mafalda, *obra citada*, pág. 277 e pág. 1047; MOTA PINTO, Paulo, *obra citada*, págs. 933-934, nota (9), referindo por sua vez Antunes Varela, Menezes Cordeiro, Pereira Coelho e Vaz Serra.

A este propósito, o art. 3.102 dos PETL estabelece que, no caso de existirem várias actividades e se cada uma delas, por si só, teria causado o dano simultaneamente, cada uma delas será considerada como causa do dano.

²⁹ PINTO OLIVEIRA, *obra citada*, págs. 514-516.

da falta de cuidado de uma pessoa e que a outra foi projectada pela falta de cuidado de outra pessoa, desconhecendo-se porém quem fez com que se projectasse a pedra que atingiu o montanhista;

– O de dois caçadores dispararem ao mesmo tempo, atingindo e causando a morte ou a lesão corporal de um terceiro, sem que se pudesse provar qual foi aquele que o vitimou;

– O de dois industriais emitirem substâncias poluentes, lançando águas residuais não tratadas para um curso de água, sem que se pudesse provar qual foi a emissão que contaminou todo o rio;

– E ainda, acrescentamos como outro exemplo, o de o lesado tomar, ao longo de um período de tempo prolongado, o mesmo tipo de medicamento, comercializado por dois laboratórios, vindo a sofrer reacções adversas, não se conseguindo determinar, porém, se os medicamentos tomados pelo lesado foram produzidos pelo laboratório x ou y, ou por ambos.

O **segundo grupo de casos** caracteriza-se pela circunstância de nem todas as explicações concorrentes apontarem para que o dano haja de ser imputado a uma pessoa. O fenómeno será então de concurso entre explicações causais responsabilizantes e não responsabilizantes. As causas possíveis não responsabilizantes tanto poderão ser constituídas por factos cobertos por causas de exclusão da ilicitude ou da culpa, por factos naturais, ou por factos do próprio lesado. Como exemplos, também colhidos do estudo de Nuno Manuel Pinto Oliveira, podem apontar-se os seguintes:

– A situação de uma pessoa, afectada por uma leucemia, que pede a indemnização ao proprietário de uma fábrica, alegando e provando que a incidência da leucemia entre as pessoas que habitavam a localidade em que a fábrica está instalada era de 50% superior à sua incidência geral;

– A situação da pessoa afectada por um mesotelioma, que pede a indemnização ao proprietário da empresa em que prestava serviços, alegando e provando que a incidência do mesotelioma entre as pessoas que estavam expostas ao amianto, em termos semelhantes, era 15% superior à sua incidência geral;

– A participação do lesado numa rixa;

– Uma descarga de águas residuais, de que resultou um dano, sem que se saiba se foi devido a uma emissão própria ou alheia.

Aplicando o juízo de condicionalidade, seja na formulação *conditio sine qua non*, seja na formulação NESS, teremos de concluir que não se logra imputar o resultado lesivo a qualquer dos eventos, pois não se sabe qual deles foi condição necessária ou suficiente.

Para os proponentes mais conservadores do juízo de condicionalidade necessário como fundamento do nexo de causalidade, não colhe a crítica feita à sua visão no que diz respeito às situações de causalidade alternativa incerta, pois que a condição necessária não tem como função proporcionar evidência empírica sobre a existência de um nexo causal no caso concreto.

Ou seja, e dito de outro modo, tais situações não colocam verdadeiramente qualquer problema com respeito ao conceito de causa como condição necessário, pois se o teste *sine qua non* não funciona é porque, afinal, existe um problema epistemológico decorrente de uma lacuna de informação (que pode derivar de dificuldades científicas ou contextuais), sendo que nenhum conceito de causa pode resolver dificuldades resultantes da ausência dos meios de prova.³⁰

É intuitivo o desconforto que tal solução traz ao jurista, e sinal disso é o volume de produção científica que a questão tem suscitado em diferentes sistemas jurídicos.

Na realidade, provando-se menos, o lesado provavelmente sairia mais satisfeito.

Melhor dizendo, com recurso a um exemplo, e tomando a hipótese dos caçadores: se fica estabelecida a presença dos dois caçadores e que ambos dispararam em direcção a C, neste entendimento não se logra afirmar o juízo imputacional, razão pela qual não há lugar a qualquer ressarcimento a cargo de A e/ou B. Mas imaginemos que, por lacuna probatória, apenas se prova que A estivera no local, disparando em direcção a C, apesar de na realidade B também lá ter estado e disparado na mesma direcção, ao mesmo tempo, só que ninguém o vira (e que, afinal, até fora o disparo de B que viera a causar a morte de C).

Perante estes dados, e as regras do normal devir dos acontecimentos, afigura-se-nos como muito provável que o tribunal considerasse o seguinte: provando-se que A disparara em direcção a C; que A fora visto a fazê-lo, e que C, na sequência, tombou e morreu; então, A matou C.

Ou seja, provando-se menos do que o que sucedeu na realidade, há ressarcimento.

Provando-se todos os factos, dos quais resulta que não apenas uma, mas duas condutas criaram um risco específico de provocar a morte de C, vindo C a falecer por virtude de uma delas, e não há lugar a qualquer ressarcimento.

Percorrendo a doutrina e jurisprudência estrangeiras, surpreendem-se distintas abordagens do problema com vista a afirmar a imputação do resultado aos vários intervenientes, do que destacaremos, de forma necessariamente breve, apenas algumas.³¹

³⁰ Cfr.. BARCENA ZUBIETA, Rogelio Arturo, *obra citada*, pág. 128.

³¹ Seguiremos aqui de perto o relato de BARBOSA, Ana Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, págs. 283-286; e de DÍAZ, Rodrigo Barría, *El daño causado...*, págs. 167-183.

Em **França**, até meados do século passado, a jurisprudência negava a reparação neste tipo de casos.

É nessa altura que, precisamente perante casos de acidentes de caça, se passam a recorrer a argumentos de responsabilidade colectiva, nomeadamente decorrente de um dever de vigilância (de guarda da coisa) colectivo, como forma de responsabilizar os potenciais lesantes, construção que cedo mereceu as naturais críticas de ser demasiado artificiosa.

A tendência mais recente da jurisprudência, talvez por isso mesmo, passou a impor a responsabilidade solidária a todos os membros do grupo recorrendo, não já a argumentos baseados numa suposta culpa colectiva, relacionada com a guarda do objecto, mas antes com base na participação dos membros do grupo numa actividade que se vem a concluir em prejuízo do lesado, gerando uma presunção de causalidade com relação ao facto lesivo incluindo todos os membros do grupo.

Como requisitos mínimos comuns, podem indicar-se os seguintes: a responsabilidade solidária dos membros do grupo é subsidiária da individual, pelo que se for identificado o verdadeiro autor do dano, só este responde; ou então admitindo-se que os potenciais lesantes demonstrem que nenhuma contribuição tiveram para o resultado.

Na doutrina gaulesa, com Aberkane, também obteve acolhimento a construção da ideia do grupo como algo similar a uma personalidade moral, sendo porém necessário que o mesmo se revestisse de determinadas características, sendo nomeadamente exigido que o grupo não se tenha constituído de forma accidental, e tivesse um mínimo de estabilidade e coerência interna.³²

Mais recentemente, surge nova tendência doutrinal, partilhada entre outros por Viney e Jourdain, defendendo uma presunção de causalidade com base na responsabilidade colectiva, que permita remediar a incerteza da relação causal. Parte-se da ideia, por exemplo no caso dos caçadores, que estes, por terem criado o perigo bem como a perda da oportunidade do lesado ser indemnizado, devem suportar o ónus probatório consequente ao seu facto ilícito, presumindo-se responsáveis até prova em contrário por terem assumido a seu cargo os riscos que criaram com a sua reunião.

Aqui ao lado, em **Espanha**, igualmente se encontra a adopção da doutrina da responsabilidade colectiva, ou do membro indeterminado de grupo determinado, quer na doutrina quer na jurisprudência, ainda que revelando diferenças nos pressupostos exigidos.³³

³² ABERKANE, Hassen, *obra citada*, pág. 542: se se trata de um grupo intencional, concertado, esse fenómeno de semi-personificação do grupo produzir-se-á, e ficarmos habilitados a considerar o conjunto dos membros como um todo único, e a estabelecer entre os seus membros uma solidariedade que, no entanto, é indiferente a saber quem em concreto causou a lesão. Já se o relacionamento é fortuito, juridicamente falando nenhum grupo será formado. Não poderemos considerar as diversas pessoas como um todo único apenas pela razão de que cada uma delas pode ter materialmente causado o dano, correndo o risco da não individualização do lesante por conta do lesado.

³³ Para DÍAZ, Rodrigo Barría, *El daño causado...*, págs. 540, “Los requisitos que definen y describen al daño causado por miembro indeterminado de un grupo son la existencia de un grupo, conjunto o pluralidad de sujetos; un daño que proviene o es consecuencia de la actividad de ese grupo; la imposibilidad de saber qué miembro del grupo fue el autor material directo del daño; y la necesidad de una unidad espacio-temporal en la actuación de los miembros del

Quanto aos sistemas da *common-law*, em que a prática judicial é normalmente o catalisador dos avanços científicos verificados, encontram-se várias decisões marcantes em casos de causalidade alternativa incerta.

Assim, nos **EUA**, no caso *Sindell vs Abbott Laboratories*, a autora, filha de uma mulher que havia consumido DES durante a gravidez e, conseqüentemente, veio a sofrer de cancro, não conseguindo identificar o concreto produtor do medicamento que a vitimou, propôs uma acção de responsabilidade civil contra vários laboratórios produtores de DES, representantes de 90% do mercado do medicamento em questão.

Tendo ficado provado o nexo de causalidade entre o dano sofrido e o defeito do medicamento DES, porém não se provou qual o laboratório que tinha produzido o concreto medicamento tomado, dos vários que o produziam.

O Supremo Tribunal da Califórnia condenou os vários produtores a indemnizar a vítima, tendo a medida da responsabilidade de cada laboratório apurado em função da proporção da sua quota de mercado, surgindo assim nos EUA a teoria da responsabilidade por quota de mercado, ou *market share liability*. Nesta decisão, foi ainda clarificado que a responsabilidade só seria imposta aos produtores que tivessem produzido uma proporção *substancial* de DES no mercado relevante.³⁴

Ariel Porat e Alex Stein, analisando este caso, mencionam como sendo as seguintes as razões que o tribunal teve em conta: a preferência moral que deve ser dada ao lesado inocente relativamente ao demandado negligente; os demandados deviam suportar a responsabilidade pela criação de um problema de causalidade indeterminada, visto que criaram um risco que apenas se materializou bastante tempo mais tarde; a solução em questão era ainda justificada por uma política de distribuição de perdas e de prevenção, notando o tribunal que, a longo prazo, cada produtor suportaria, mais ou menos, o prejuízo causado pelo medicamento que tinha especificamente produzido.³⁵

Porém, as decisões subsequentes dos tribunais norte-americanos não foram trilharam um caminho uniforme: umas permitiram que o lesado fosse indemnizado pela totalidade do dano por cada um dos produtores do medicamento, como forma de impelir cada produtor a localizar os outros produtores daquele medicamento e ser indemnizado por eles, ou mesmo chamá-los à demanda, ao passo que outras decisões apenas concederam uma indemnização parcial, de acordo com a quota de mercado do produtor demandado; por outro lado,

grupo. Estos requisitos deben cumplirse de manera necesariamente copulativa, porque la particular composición fáctica de esta forma de daño exige minuciosidad al momento de identificarlo y determinar el régimen que debe serle aplicado”.

Por sua vez, LAFUENTE, Virginia Múrtula, *Causalidad Alternativa*, pág. 20, defende que “*el simple encuentro de hecho en el tiempo y en el espacio, sin voluntad de reunión y sin elegir a los partícipes, puede generar responsabilidad si no se conoce el autor directo del daño, cuando se dan las condiciones de imputación subjetiva u objetiva precisas respecto de cada uno de los partícipes que intervinieron en su causación (...). Y, por otro lado, tampoco sería precisa para la imputación del grupo una unidad espacio-temporal en la actuación de los partícipes (como señalan algunos autores basándose en la doctrina alemana más antigua). Aunque lo más normal es que ésta se produzca si se precisa la concurrencia de las restantes condiciones de imputación de los agente”.*

³⁴ PORAT, Ariel/ STEIN, Alex, *Tort Liability...*, págs. 61-62.

³⁵ PORAT, Ariel/ STEIN, Alex, *obra citada*, págs. 61-63.

enquanto um grupo de decisões permitiram que os demandados fossem absolvidos através da prova de que não tinham causado o dano, outras não admitiam tal forma de exclusão de responsabilidade; abordando outro aspecto do problema, um grupo de decisões atendeu ao mercado nacional para determinar a quota de mercado, ao passo que outras atenderam aos mercados regionais; finalmente, nuns casos, os lesados foram admitidos a demandar apenas os produtores que controlassem uma quota de mercado considerável, enquanto noutros casos tal não foi exigido.

É ainda interessante notar, como o fazem os autores citados, que posteriormente à criação desta doutrina, os tribunais norte-americanos recusaram-se a aplicá-la em vários casos aparentemente semelhantes.³⁶

Os tribunais norte-americanos também enfrentaram um caso envolvendo um acidente de caça: três caçadores participaram numa caçada, tendo um deles sido atingido por uma bala proveniente de um dos outros dois caçadores, sendo que, porém, não foi possível determinar qual dos dois tinha disparado a bala que atingiu o primeiro visto que ambos dispararam ao mesmo tempo (caso *Summers v Tice*), tendo o tribunal estabelecido o princípio da responsabilidade alternativa, alterando o ónus de prova, e fazendo-o impender sobre os demandados. Em conformidade com este princípio, demandados que não consigam dissociar-se do dano, demonstrando que não o causaram, são responsáveis por todo o dano.³⁷

Este princípio – *alternative liability principle* – veio a ser posteriormente consagrado no Second Restatement of Torts.³⁸

Relativamente a **Inglaterra**, no caso *Fitzgerald v. Lane*, de 1989, também de acidente de caça, a indemnização foi concedida em favor do lesado na *Court of Appeal*, mas tal decisão foi revogada superiormente pela *House of Lords*.

Posteriormente, em 2002, no caso *Fairchild v. Glenhaven* (as vítimas tinham sido expostas a amianto, atenta a actividade profissional que desempenhavam em vida, em diversas empresas que não respeitaram as medidas de segurança que se impunham, não se conseguindo determinar em qual das empresas vieram a contrair depois uma doença). A decisão da instância superior foi favorável aos demandantes, com base na consideração de que a infracção dos deveres de precaução por parte das demandadas havia aumentado os riscos de contaminação para as vítimas, sendo tal suficiente para determinar a atenuação das regras probatórias quanto à causalidade, condenando as empresas de forma solidária.

Mais tarde, nova decisão (caso *Barker v. Corus*) da *House of Lords*, em situação de contornos semelhantes, veio igualmente a decidir em favor dos demandantes, mas condenando as empresas de forma parciária, e não já solidária, com base no entendimento de que como o fundamento da responsabilidade, nestes casos, está na criação ilícita de uma situação de risco,

³⁶ PORAT, Ariel/ STEIN, obra citada, págs. 63 e segs..

³⁷ ARIEL PORAT/ALEX STEIN, obra citada, pag. 61.

³⁸ Par. 433B (3): “where the conduct of two or more actors is tortious, and it is proved that harm has been caused to the plaintiff by only one of them, but there is uncertainty as to which one has caused it, the burden is upon each such actor to prove that he has not caused the harm”.

e este ao ser, por definição, uma probabilidade de dano, é divisível. Na fixação da quota de responsabilidade de cada empresa, atendeu-se à duração da exposição, à intensidade da mesma, e à perigosidade do tipo de amianto utilizado. A questão veio depois a ser resolvida por via legislativa, em 2006 (*Compensation Act 2006*), para este tipo concreto de afecções, prevendo-se a responsabilidade solidária.³⁹

Importa fazer uma especial referência aos sistemas alemão e austríaco.⁴⁰

Quanto à **Alemanha**, o BGB prevê duas normas que têm sido convocadas nesta discussão - §§ 830 e 840.

Assim, determina o § 830, I/1 que, se várias pessoas tiverem causado o dano mediante uma acção ilícita praticada em conjunto, cada uma delas é responsável pelo dano, o mesmo sucedendo, nos termos do § 830, I/2 se não se conseguir determinar qual dos vários agentes de um grupo causou o dano. Preceitua por sua vez o § 840 que, sendo um dano imputável a vários responsáveis, estes respondem solidariamente.

Conforme salienta Ana Mafalda Barbosa, a leitura feita por Larenz e Canaris desta norma vai no sentido de prescrever uma responsabilidade por uma causalidade possível no § 830, I/2, pois ao contrário do que sucede no primeiro parágrafo, neste os agentes não têm de ter actuado conjuntamente, abrangendo assim os casos de causalidade alternativa incerta. Caso se venha a demonstrar que o resultado é imputável apenas a uma específica conduta, então não se aplica esta regra, respondendo apenas o agente que efectivamente causou o resultado. Visto que a “causalidade possível” é um critério vago, os autores apelam então a uma aumentada forma de causalidade possível, tendo-se em conta o critério da alta probabilidade de ocorrência do dano ou, melhor, da concreta aptidão do comportamento para a produção do dano.

Passando para a leitura reclamada por Theo Bodewig, a autora rescreve que o mesmo sustenta que o § 830 do BGB assimila duas situações distintas: os casos em que não é certo qual dos participantes causou o dano, sendo porém seguro que foi apenas um deles; e os casos em que todos os participantes colocaram uma causa para o resultado, e cada uma foi apropriada para a produção do dano total, desconhecendo-se que parte deste dano deve ser reconduzida a cada participante total, centrando-se a discussão sobre o que deva ser considerado como “participante”.⁴¹

³⁹ Cfr. nomeadamente DÍAZ, Rodrigo Barría, *obra citada*, págs. 193 e segs.; BANAKAS, Stathis, *Causalité juridique et imputation ...*, págs. 5 e segs.; SOBCZAK, Faro, *A comparison between...*, págs. 1155 e segs.; GIFFORD, Donald G., *The Challenge to...*, págs. 873 e segs.; PEREIRA, Rui Soares, *O nexó de causalidade...*, págs. 1373 e segs., e 1447 e segs.; PORAT, Ariel/ STEIN, Alex, *Tort Liability...*, págs. 61 e segs.; e COGGIOLA, Nadia, *L'accertamento del nesso di causalità nei casi di mesoteliomi conseguenti ad esposizione ad amianto*.

⁴⁰ O que faremos pela mão de BARBOSA, Ana Mafalda, *obra citada*, págs. 277 e segs.; da mesma autora, *Responsabilidade Civil...*, págs. 200 e segs., e em especial, págs. 231 e segs.; e ainda KOZIOL, Helmut, *obra citada*, págs. 139 e segs..

⁴¹ BARBOSA, Ana Mafalda, *obra citada*, págs. 279-282.

Já no **ordenamento jurídico austríaco**, os §§ 1301 e 1302 do ABGB só se consideram aplicáveis em casos de co-autoria, ou quando haja uma combinação de várias acções causais, advogando-se a sua aplicação por analogia para os casos de incerteza causal.

Nesse sentido, Bydlinski considera que, havendo mais do que um lesante, todos devem ser responsabilizados independentemente de se poder determinar qual é o dano causado por cada um, visto que cada um dos lesantes incrementou a esfera de risco e pode ter potenciado a lesão do direito. O défice de causalidade passará a ser compensado por uma maior exigência em sede de adequação.

Para tais casos, Bydlinski entende que os lesantes devem responder solidariamente pela produção do mesmo dano, indo mais longe no sentido de ser aplicada a mesma solução aos casos de concorrência de conduta de lesante com esfera de risco do próprio lesado.

Conclui Bydlinski, conforme nos dá nota a autora que se vem citando, que a responsabilidade não se apoia na causalidade provada existente, mas na incerteza da situação causal, sendo que a simples suspeita de causalidade, a mera possibilidade de existir tal nexó é de relevar no quadro de multiplicidade de agentes.⁴²

Koziol, também analisando o pensamento de Bydlinski, refere que se, em casos de causalidade alternativa, houver responsabilização com base em mera causalidade potencial, então estamos perante uma excepção à regra geral de que o lesante apenas deve compensar os danos que se provem terem sido por si causados.

No entanto, tal é justificado pelo sistema flexível de Wilburg a que já aludimos, pois no que diz respeito ao estabelecimento da responsabilidade, a questão não é só de saber que factores integram essa responsabilidade, mas também em que medida é que estão presentes e qual o peso total necessário para que a responsabilidade fique estabelecida.

Deve ser assumido que a responsabilidade só existe se o peso reconhecido a todos os critérios corresponder ao peso exigido pelos princípios e valores básicos do ordenamento jurídico.

Ora, perante um risco específico criado por um agente, a existência de um segundo, igualmente perigoso, agente não deve afastar a responsabilidade do primeiro, e vice-versa, sendo certo que a situação de incerteza foi ela própria causada pelos agentes e as suas condutas perigosas.⁴³

Por último, outra linha de pensamento pode ser encontrada na proposta de Ariel Porat e Alex Stein, os quais autonomizam o designado **“evidential damage”** com aplicação também para este tipo de casos, e cuja análise e crítica já tivemos oportunidade de fazer noutra sede.⁴⁴

⁴² BARBOSA, Ana Mafalda, *obra citada*, págs. 286-289.

⁴³ KOZIOL, Helmut, *obra citada*, págs. 140 e segs..

⁴⁴ COSTA, Patrícia Cordeiro, *Causalidade, Dano...*, págs. 134 e segs.. Considerámos então que a tese revelava considerável artificialismo na construção, não tanto por não se reconhecer um “direito à prova”, mas por se entender que o dano em causa, a existir, está mais longe da norma tuteladora do direito subjectivo ou interesse legalmente protegido do lesado. Por outro lado, a teoria do *evidential damage* leva à responsabilização mesmo em

Pondo a tónica na circunstância de que foi o agente quem criou a complexidade probatória irreduzível através da sua conduta, apresentam a solução de autonomizar um dano – o dano probatório – também para estas situações de causalidade alternativa incerta.

Os autores propõem, pois, que o lesante seja responsabilizado por ter causado um *dano probatório* nos casos em que a incerteza, e a conseqüente impossibilidade de o tribunal conhecer os factos com rigor, resulta do acto reprovável do lesante.

Este pode então ser censurado pela incerteza do caso e correspondente risco de erro.

Segundo a doutrina do *evidential damage*, o demandado será responsável pelo dano probatório se o seu acto censurável impossibilitou a acção do demandante, ou reduziu as possibilidades deste de demonstrar os factos necessários para ver ser julgado procedente um processo relativo ao dano directo.

Nota final de que, nos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil, veio a consagrar-se, no seu 3.103 o seguinte:

“1. No caso de uma pluralidade de actividades, se cada uma delas seria suficiente para, por si só, causar o dano, mas é incerto qual delas efectivamente o causou, considera-se que cada actividade é causa na medida correspondente à probabilidade segundo a qual poderia ter causado o dano à vítima.

2. Se, no caso de uma pluralidade de vítimas, é incerto que o dano de uma vítima concreta foi causado por determinada actividade, mas é provável que não causou o dano a todas as vítimas, considerasse que a actividade é causa do dano sofrido por todas as vítimas na proporção da probabilidade segundo a qual poderia ter causado o dano a uma vítima concreta”.

E em Portugal?

Por cá, igualmente não se verifica tratamento unânime nesta questão. Seguindo muito de perto o estudo de Nuno Manuel Pinto Oliveira, faremos uma breve resenha histórica do pensamento doutrinal nacional nesta matéria.⁴⁵

Assim, em meados do século passado, **Pereira Coelho**, respondendo à questão de saber se o Código Civil devia consagrar ou não um regime semelhante ao do art. 830.º, n.º 1, 2.ª parte, do

casos em que o agente impossibilitou ou dificultou a prova pelo lesado, não por actuar nos meios de prova, mas através de actos que fazem eventualmente parte do próprio curso causal objecto da prova – o que nos pareceu uma extensão dificilmente justificável da responsabilidade, atento nomeadamente o regime do n.º 2, do art. 344.º do Código Civil.

⁴⁵ PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel, *obra citada*, págs. 518-536. Cfr. ainda CALVÃO DA SILVA, José, *obra citada*, págs. 465 e segs.; MOTA PINTO, Paulo, *obra citada*, pág. 936, nota (10), e novamente em *Interesse Contratual Negativo...*, Vol. I, pág. 654, nota (1859); CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., *Direito Civil...*, págs. 107-108; e DIANA MONTENEGRO SILVEIRA, *obra citada*, págs. 217 e segs..

BGB alemão, considerava que esta última norma consagraria uma solução cujo acerto era muito contestável, pois satisfazia-se a vítima pelo “preço caro do sacrifício dum inculpado”.

Devia-se assim seguir os princípios gerais do Código Civil nacional, fazendo com que o lesado ficasse com o encargo de individualização do autor do facto que causou o dano – ou seja, o risco da não individualização do autor do facto dentro de um grupo de autores de factos em tudo semelhantes, que poderiam igualmente ter provocado o dano, recairia sobre o lesado.

Por sua vez, **Vaz Serra** entendia que, quer a solução de responsabilizar todos os potenciais lesantes, quer a solução de não responsabilizar qualquer deles, eram injustas. A primeira por poder significar que uma pessoa teria de indemnizar um dano que pode não ter provocado; a segunda por implicar que ninguém responderia por um dano efectivamente causado, dando-se, e citando o autor, “a circunstância estranha de a vítima ficar sem indemnização pelo motivo espantoso de que houve duas imprudências em vez de uma”.

Tentando encontrar um ponto de equilíbrio entre as duas soluções, propunha Vaz Serra que o Código Civil consagrasse uma presunção de causalidade por danos provocados no curso de uma acção comum ou de uma acção conjunta perigosa. O Código Civil português não seguiu, porém, estas propostas.

Menezes Cordeiro, por sua vez, defendeu que o silêncio do Código Civil português sobre esta questão devia ser visto como uma resposta no sentido de se rejeitar a responsabilização dos potenciais lesantes neste tipo de casos, mantendo em obra mais recente que “Grandes dúvidas surgem quanto ao concurso alternativo. (...). No nosso Direito, parece-nos, contudo, que na inexistência de norma semelhante à do BGB, é impossível a aplicação, ao concurso alternativo, do art. 497.º do Código Civil (...). Repugna-nos a aplicação analógica, a tal hipótese, do art. 490.º (...)”.

Analisando o caso DES, acima referido, **Calvão da Silva** considerou que o facto de o nosso Código Civil não conter regra especial sobre a causalidade alternativa podia significar uma de duas coisas: ou que o caso foi decidido pelo legislador no sentido de lhe dever ser aplicado o princípio geral de que se exige, para haver responsabilidade, que o facto tenha sido *conditio sine qua non* do dano; ou poderia significar que a situação não fora resolvida pelo legislador; preferindo o Autor esta segunda conclusão, devendo o problema da causalidade alternativa representar-se como um problema de interpretação ou de integração da lei.

E assim, “Confrontando-se o intérprete com uma *causalidade alternativa*, deveria resolver a situação por intermédio da aplicação indirecta de uma norma dirigida a um caso análogo (art. 10.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil) ou, não havendo no sistema nenhuma norma dirigida a um caso análogo, deveria resolvê-la por intermédio da *aplicação directa* de uma norma *ad hoc* dirigida ao caso omissis (art. 10.º, n.º 3, do Código Civil)”.⁴⁶

⁴⁶ PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel, *obra citada*, pág. 533.

Por sua vez, e segundo refere **Diana Montenegro Silveira, Sinde Monteiro e André Pereira**, analisando um hipotético caso de danos causados por exposição ao amianto – no qual a vítima esteve exposta ao amianto produzido por três fabricantes diferentes, não se conseguindo provar o nexo de causalidade entre o dano e a actuação de um dos fabricantes – defendem que, de acordo com a lei portuguesa, os três fabricantes seriam todos responsabilizados solidariamente em quotas iguais, por aplicação do disposto no art. 497.º, n.º 2 do Código Civil.

A autora aplaude estas soluções, no contexto da responsabilidade por danos causados por medicamentos, enquanto soluções justas e razoáveis, bastando ao lesado provar que cada um dos medicamentos produzidos pelos vários laboratórios envolvidos é causa adequada para a produção do dano que sofreu e que qualquer um deles poderá ser, e se não foi poderia ter sido, o real causador do dano.

Provado isto, cada um dos demandados podem exonerar a sua responsabilidade provando que não foi o medicamento por si produzido que provocou em concreto o dano. Todos os que não o façam responderão solidariamente pelo dano integral, com direito de regresso sobre os outros responsáveis.⁴⁷

Carneiro da Frada, em 2006, alertava para a necessidade de um princípio ou de uma regra através da qual se proporcionasse algum auxílio ao lesado, em “estado de necessidade de prova”, concluindo estarmos perante um problema de integração de lacunas, a resolver mediante a criação de uma norma excepcional que exija, apenas, a probabilidade de o demandado ter sido o autor do dano.⁴⁸

Também **Paulo Mota Pinto**, em 2008, entendeu ser necessário reconhecer excepções à teoria da *conditio sine qua non*, nos casos de redundância causal, referindo como exemplos situações de causalidade dita alternativa e de responsabilidade do grupo.⁴⁹

Júlio Gomes, em estudo de 2012, alertou que, parecendo todos convergir que a causalidade adequada, apesar das suas várias formulações, é um aperfeiçoamento da tese da equivalência das condições, ou seja, pressupondo-a, admitem-se no entanto algumas excepções, situações em que deveria afirmar-se a responsabilidade do autor de um facto pela ocorrência de um dano mesmo sem que, em rigor, se possa dizer que o facto do agente foi condição *sine qua non* do dano, como será o caso de certas hipóteses de causalidade alternativa, sendo certo que, por outro lado, a nossa lei, ao mandar considerar os danos que o lesado **provavelmente** não teria se não fosse a lesão, introduz já um juízo de probabilidade.⁵⁰

Na sua dissertação de doutoramento publicada em 2014, **Ana Mafalda Miranda Barbosa**, partindo do cotejo das esferas de risco edificadas pela actuação dos potenciais lesantes, considera que, mesmo em face do direito constituído português, em tais situações o resultado

⁴⁷ DIANA MONTENEGRO SILVEIRA, *obra citada*, págs. 217 e segs..

⁴⁸ CARNEIRO DA FRADA, *obra citada*, págs. 107-108.

⁴⁹ MOTA PINTO, Paulo, *obra citada*, pág. 936, nota (10).

⁵⁰ GOMES, Júlio, *Ainda sobre a figura...*, pág. 28.

lesivo deve ser imputado a ambos, sendo que a sua responsabilização, verificando-se os demais pressupostos, será solidária por aplicação do art. 497.º do Código Civil.

Não deixando de apontar que é a própria logicidade dos juízos de condicionalidade que demonstram a irrazoabilidade da ausência de qualquer imputação, conclui que, como devemos partir da edificação de uma esfera de responsabilidade, e se a mesma está polarizada em mais do que um agente, das duas uma: ou uma das esferas consome a outra, e apenas um dos agentes responderá; ou esse poder consumptivo não se verifica, devendo ambos os agentes responder solidariamente.

Assim, partindo da edificação de uma esfera de risco, e citando, se ela se erige em mais do que um agente, então duas são as vias heurísticamente a considerar: ou uma das esferas consome a outra e só um é responsável; ou nenhuma delas exerce uma força consumptiva sobre a outra, havendo lugar à responsabilidade solidária nos termos do artigo 497.º do Código Civil.

Seguindo a lição de Bydliski, o déficit que se poderá denotar é compensado por uma maior exigência em sede de adequação.⁵¹

Em sinal oposto, em dissertação de doutoramento elaborada também em 2014, e publicada muito recentemente,⁵² **Rui Soares Pereira** veio sustentar que, concordando em geral com as posições que admitem, em caso de dúvida epistémica ou de irredutível incerteza, o funcionamento de uma presunção de causalidade e de um mecanismo de repartição da responsabilidade com base na probabilidade, sublinha que o critério de probabilidade subjacente a tais soluções não dispensa a possibilidade de formular um juízo contrafactual que permita afirmar a existência de uma dependência contrafactual probabilística entre determinada conduta e determinado resultado.

“Nessa medida, ainda que situados no domínio da criação ou do aumento da probabilidade ou do risco e não das condições necessárias para a verificação do resultado lesivo, os contrafactuais continuam a desempenhar nessas situações um papel relevante. Por outro lado, a admissão dessas soluções não terá como consequência necessária a admissão de uma atenuação da medida da prova exigível par o nexu de causalidade. Não só a causalidade não se pressupõe e necessita de ser demonstrada como se entende que continua a ser exigível a convicção sobre a realidade do facto, não bastando a demonstração de um nexu causal meramente provável ou possível”.

⁵¹ “Se mantivermos a ancoragem da reposta logicista, somos confrontados com o seguinte cenário: não se dá relevância negativa à causalidade hipotética porque se mantém intocável a relação de condicionalidade de facto entre o evento e o dano. Mas então isso significa que, se forem duas as causas hipotéticas, nenhuma conduz à exclusão da responsabilidade do agente da outra. Por outro lado, sendo duas as causas hipotéticas, porque a mera hipótese de dano não funda a responsabilidade, nenhum dos agentes será obrigado ao pagamento de uma indemnização, excluindo-se a relevância positiva” - BARBOSA, Ana Mafalda, *obra citada*, págs. 292-293.

⁵² Em obra publicada, com o mesmo nome, pela Livraria Almedina, 2017, à qual ainda não tivemos acesso, pelo que as referências serão feitas à tese do autor, versão policopiada.

Finalmente, mesmo admitindo o funcionamento de uma presunção de causalidade, por regra o lesado não estará dispensado de demonstrar a materialização em concreto da probabilidade de a conduta do agente ter causado o resultado lesivo.⁵³

Também em dissertação de doutoramento, publicada no final do ano passado, sobre a prova por presunções judiciais na responsabilidade civil aquiliana, **João Marques Martins** questiona o que é necessário para preencher o pressuposto da ilicitude: a criação de um risco que se concretiza ou um comportamento causal da lesão? Numa dimensão probatória, a questão transmuta-se na seguinte: o lesado tem apenas de provar que o lesante criou um risco para o seu direito e que esse risco se verificou, ou tem de provar que o lesante causou a lesão?

O autor defende que a causalidade é universal, igual para todas as ciências, não existindo propriamente uma “causalidade jurídica”: o Direito não define o que é causalidade, mas apenas o seu específico tratamento, sendo que, para o Direito, o conceito de causalidade está ligado ao raciocínio contrafactual.

Assim, no contexto da opção tomada como ponto de partida do seu estudo, e no que diz respeito ao problema da causalidade alternativa, o mesmo é tão só de apreciar sob a perspectiva do conhecimento do facto e da sua prova.

Nessa medida, se a lacuna em termos de conhecimento do processo causal fosse suprida, teríamos afinal ou um caso de causalidade hipotética ou um caso de causalidade cumulativa; uma vez esgotados todos os recursos probatórios disponíveis, a questão tornar-se-á insolúvel, sobrando duas vias: decidir segundo as regras gerais de ónus de prova, ou estipular solução diferente para esta situação, como o faz o BGB alemão.⁵⁴

Finalmente, no estudo mais recente a que tivemos acesso, **Nuno Manuel Pinto Oliveira** concorda com a responsabilização de todos os potenciais lesantes em casos de causalidade alternativa, ainda tendo como base um juízo de condicionalidade, agora visto a outra luz.⁵⁵

Para este autor, considerando a relação entre potenciais lesantes e lesado não como uma relação global, mas como uma relação individual entre cada um dos potenciais lesantes e o lesado, o critério da condicionalidade deverá ser corrigido nestes casos por forma a que, na aplicação do mesmo a cada uma dessas relações individuais, aplicador do direito se abstraia das causas concorrentes.

Nesta concepção, o lesado terá de provar que o potencial lesante contribuiu significativamente para a criação de um risco concreto especialmente elevado, tão elevado que, abstraindo de todas as causas concorrentes, o aplicador do direito deveria dar como preenchido o requisito de que o facto foi condição *sine qua non* do dano.

⁵³ PEREIRA, Rui Soares, *obra citada*, págs. 1408-1409, e 1447 e segs., e em especial págs. 1482-1483.

⁵⁴ MARTINS, João Marques, *Prova por Presunções Judiciais...*, em especial as conclusões finais.

⁵⁵ PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel, *obra citada*, págs. 542 e segs..

Exige-se ainda que:

- O facto seja adequado a criar aquele dano segundo a formulação positiva da teoria da adequação, ou seja, quando, segundo a sua natureza geral, o facto do potencial lesante faça aumentar significativamente o perigo de produção do dano;
- E, além disso, que o facto do potencial lesante seja condição *sine qua non* de um agravamento, em concreto, do perigo ou risco de produção da lesão.

Por sua vez, o lesante poderá fazer a contraprova dos factos alegados pelo lesado, ou fazer a prova de uma causa alternativa sendo que, quanto a esta, para afastar a sua responsabilidade, terá de provar que a causa alternativa foi condição actual e efectiva do dano.

Se apenas provar que a causa alternativa é *também potencial*, mantém-se a sua responsabilidade.

Considerando que a ausência de norma expressa, no nosso sistema legal, sobre a causalidade alternativa não significa que o legislador rejeitou a responsabilidade dos potenciais lesantes nestes casos, antes constituindo uma verdadeira lacuna, o autor faz apelo à aplicação analógica do art. 490.º a este tipo de situações.

A não ser assim, estar-se ia a permitir a responsabilização nos casos de dúvida sobre se o comportamento de cada uma das pessoas que praticaram conjuntamente os factos foi condição *sine qua non* do dano, pois é esse o regime que resulta dos arts. 490.º e 497.º do CC, mas não já nos casos em que a dúvida reside em apurar se o comportamento de cada uma das pessoas que praticaram independentemente os factos foi condição do dano, o que se traduziria numa contradição teleológica ou valorativa dentro do sistema.

Sendo este o panorama ao nível doutrinário, vejamos agora como tem respondido a jurisprudência nacional.

5. Os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2015 e do Tribunal da Relação de Coimbra de 5 de Maio de 2015⁵⁶

Na primeira das decisões, o Supremo Tribunal de Justiça recorreu pela primeira vez à causalidade alternativa para atribuir a responsabilidade de grupo aos participantes de uma rixa, onde todos os envolvidos sofreram (com excepção de um participante, denominado de GG) e causaram lesões físicas graves sem se poder definir o autor de cada prejuízo.

Anteriormente, agora em sede de processo criminal em que fora enxertado pedido cível, o Tribunal da Relação do Porto já havia considerado, no seu acórdão de 4 de Junho de 2008 (processo n.º 0811801), que, em contexto de crime de motim, “*apesar de não se saber (por*

⁵⁶ Respectivamente processos n.º 154/10.8TBCDR,S1, Relator Juiz Conselheiro Júlio Gomes, e n.º 293/13.3TBCDN.C1, Relatora Juíza Desembargadora Maria João Areias, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

impossibilidade de prova) quem é que agrediu o demandante cível, os recorrentes respondem pelos danos que àquele foram causados em virtude do crime que cometeram (participação em motim). O direito de regresso existirá entre ambos (que são as pessoas que se apuraram terem participado no motim e, assim, serem os responsáveis pela indemnização (...), presumindo-se, neste caso, iguais as suas culpas”.

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça agora em análise, considerou-se agora, com apelo nomeadamente à doutrina de Aberkane e de Ana Mafalda Barbosa, dever ter-se presente que estamos no âmbito da responsabilidade civil e não da responsabilidade penal e que a função principal da responsabilidade civil continua a ser a da reparação do lesado.

“Por outro lado, independentemente de não parecer possível exigir, sem quaisquer limitações ou reservas que uma conduta ilícita e culposa seja condição *sine qua non* de um dano para que surja a obrigação de indemnizar, o problema que aqui se coloca não é só o de causalidade (embora frequentemente seja tratado como uma questão de causalidade alternativa). Relativamente ao primeiro aspecto importa, com efeito, destacar que embora a teoria da equivalência das condições esteja na base da própria teoria dita da causalidade adequada a exigência para que uma conduta seja considerada causa em sentido jurídico de que a mesma seja uma condição *sine qua non* conhece, para uma boa parte da doutrina excepções, nomeadamente em casos de causalidade alternativa ou concorrente. Há, com efeito, situações em que se pode suprimir mentalmente um factor, sem que por isso um certo efeito deixe de ocorrer, parecendo todavia arbitrário, de um ponto de vista jurídico, negar-lhe relevância causal. No fundo, o problema emerge também porque do que foi faticamente uma agressão colectiva ou em grupo, o direito pretende depois extrair responsabilidades individuais. Mas esta transformação do colectivo em individual não pode fazer-se de modo que deturpe a realidade e que escamoteie por completo a natureza colectiva da actuação. No passado não faltou quem sublinhasse que nestas situações em que vários agentes cometem factos ilícitos e culposos capazes potencialmente de provocarem os mesmos danos, é a actuação de todos eles que torna mais delicada e mais difícil a prova pelo lesado da imputação causal. Esta dificuldade acrescida foi até, ela própria já apresentada como um dano autónomo. Mas não será preciso ir tao longe – basta reconhecer que foi a actuação do grupo a condição *sine qua non* do dano sofrido pelo lesado, o que permitirá responsabilizar solidariamente os membros desse grupo, permitindo-lhes embora, a cada um deles, provar que não causaram esse dano. Essa responsabilização solidária, emerge, no fim de contas do artigo 497.º do nosso Código Civil que afirma, precisamente, a responsabilidade solidária das várias pessoas responsáveis pelos danos (sem olvidar o artigo 490.º do mesmo Código que consagra que “se forem vários os autores, instigadores ou auxiliares do acto ilícito, todos eles respondem pelos danos que hajam causado”)”.

Na segunda das decisões, a adopção da teoria defendida por Ana Mafalda Barbosa é assumida de forma clara.

Neste processo, julgava-se um caso em que um dos réus vendera ao outro pinheiros localizados dentro de uma área demarcada pessoalmente pelo primeiro. Sucede que parte da área na qual se deu o corte era propriedade do demandante, que pediu a condenação dos

demandados a repararem o prejuízo por si sofrido. Em sua defesa, os demandados alegaram que tinha havido um erro na indicação pelo primeiro réu sobre as extremas de sua propriedade, no âmbito das relações internas entre eles, o que porém não ficou demonstrado.

Perante estes factos, a Relação de Coimbra considerou que a actuação global dos demandados criara uma determinada esfera de risco ao legítimo proprietário e que a impossibilidade em determinar o efectivo lesante dentro de um grupo de pessoas não pode prejudicar o lesado, excepto se os demandados lograssem a prova de que não haviam causado o dano.

Não tendo sido feita tal prova, condenou os demandados solidariamente, ao abrigo do art. 497.º do Código Civil, podendo ler-se na respectiva fundamentação a seguinte passagem:

“O nexo de causalidade poderá ser estabelecido se da conduta de cada um dos participantes tiver como resultado a criação de um verdadeiro risco para o lesado ou um aumento efectivo de um risco já existente para a produção da lesão ocorrida. A tal respeito a doutrina vem referindo a existência de um dever geral de prevenção de risco ou também denominado deveres de tráfego, cuja violação poderá constituir fundamento de imputação e de culpa, fará incorrer o individuo em responsabilidade civil. A circunstância de alienar pinheiros seus existentes numa zona confinante com o prédio do vizinho, o qual também é composto por pinheiros, cria com tal negócio uma *esfera de risco* ou de *responsabilidade* potenciadora de danos, impondo-lhe especiais deveres de cuidado na delimitação dos pinheiros a cortar. Como tal, a considerarmos tratar-se de um caso de causalidade alternativa incerta – pelo facto de um ter vendido os pinheiros, identificando-os, e o outro, procedido ao seu posterior corte, sem que se tenha apurado se foi o vendedor que se enganou na identificação e concretização dos pinheiros a vender, ou se foi o comprador que percebeu mal as indicações do 1º Réu e cortou pinheiros que não lhe haviam sido indicados, sendo indiscutível que o corte dos pinheiros do autor só pode dever-se a falta de cuidado do vendedor na identificação dos pinheiros a alienar, ou a falta de cuidado do comprador, ou, ainda, de ambos – ambos deverão ser considerados solidariamente responsáveis”.

6. Algumas reflexões

Algo que nos tem impressionado de sobremaneira neste tipo de casos, para além do que já fomos avançando, é a circunstância de subtilíssimas modificações dos contornos factuais da hipótese poderem determinar respostas totalmente opostas.

A sinistralidade rodoviária, quando ocorre mais do que um embate, é campo rico para desenvolver este tipo de problematização – veja-se o caso, por exemplo, em que há dois embates simultâneos entre dois veículos e o veículo da vítima mortal, sem que se consiga destrinçar se as lesões fatais sofridas pela vítima resultaram de um embate ou do outro, ou da conjugação de ambos; ou os casos em que há uma *décalage* temporal entre os dois embates, sem se saber sequer se entre o primeiro e o segundo embate a vítima ainda estava viva.

O caso dos caçadores, por sua vez, é igualmente demonstrativo dos problemas que se levantam nesta sede. Vejamos, então, os seguintes casos, partindo da perspectiva segundo a qual não há reparação em situações de causalidade alternativa incerta:

- a) A e B disparam ao mesmo tempo sobre C. Os dois disparos atingem C. Prova-se que morre do disparo de A, mas que morreria também do de B, pois igualmente mortal, só que a conclusão do processo morte levaria mais tempo. Neste caso, a morte apenas é imputada a A;
- b) A e B disparam ao mesmo tempo sobre C. Os dois disparos atingem C. Prova-se que morre dos disparos de A e B, sem se saber bem a contribuição de cada um para o resultado morte, apesar de se saber que ambos contribuíram. O resultado morte é imputado a A e B (causalidade cumulativa), em termos solidários;
- c) A e B disparam ao mesmo tempo sobre C. Os dois disparos atingem C. Prova-se que morre dos disparos de A e B, tendo o disparo de A contribuído em 95% e o de B em 5%. O resultado morte é imputado a A e B (causalidade cumulativa), em termos solidários;
- d) A e B disparam ao mesmo tempo sobre C. Os dois disparos atingem C. Prova-se que um dos disparos foi mortal, o outro não foi, mas desconhece-se se o disparo mortal partiu de A ou de B. Parece não se poder imputar o resultado morte nem a A nem a B?
- e) A e B disparam ao mesmo tempo sobre C. Apenas um dos disparos atinge C. Não se sabe quem disparou o projectil que atingiu C. Não haverá imputação do resultado a qualquer dos atiradores?
- f) A e B disparam ao sobre C. A disparou primeiro, B disparou alguns minutos depois. Provou-se que entre os dois disparos, C estava vivo. Não se sabe se veio a falecer do disparo de A, se do B, se da contribuição de ambos, numa primeira sub-hipótese em que os dois disparos atingiram C. Não se sabe quem disparou o projectil que atingiu C, numa segunda sub-hipótese em que apenas um dos disparos atingiu C;
- g) A e B disparam sobre C, e apenas um deles o atinge. Além disso, no julgamento apenas se provou a presença e o disparo de A (hipótese já acima configurada). C vem a falecer.

Como vemos, passa-se da hipótese c) para a d) com apenas 5% de diferença, determinando essa margem, ainda assim, a consequência de em c), A ser responsabilizado e em d), ninguém ser. Apesar de, em d), duas pessoas terem criado, com a sua conduta, um risco específico de verificação da lesão que, efectivamente, se veio a produzir.

Na hipótese g), como já tivemos oportunidade de mencionar, a lacuna probatória acaba por beneficiar o lesado (quem, afinal, tinha o ónus de prova!), o que é contraditório com a circunstância de o esclarecimento integral dos factos, caso ocorresse, vir a demonstrar que

tenham sido duas, e não uma, as condutas geradoras de uma esfera de risco específico de ocorrência do resultado proibido.

Pelo que as interrogações não podem deixar de se manter desconfortavelmente.

Sem deixar de se reconhecer que a divisão questão-de-facto/questão-de-direito não é estanque, antes ambas se imbricando dialecticamente, não seria mais desejável transportar o cotejo das esferas de risco que acabamos por aplicar na prática judiciária em sede de prova para o seu lugar próprio, que é o normativo?

Quando se afirma, por exemplo, que se considera provado que uma escavação sem entivação da vala causou que uma parede vizinha fendesse, porque dos dados apurados resultou que: foi aberta uma vala; a vala não foi entivada; não foi apurada a ocorrência, no intervalo de tempo considerado relevante, de outro facto que pudesse ter causado as fendas na parede; logo, atentas as regras da experiência comum e da normalidade das coisas, a não entivação da vala causou as fendas; quando se faz uma tal afirmação em sede de juízo de prova, não estaremos afinal a assumir como correcto o entendimento de que a abertura da vala, naquelas condições, gerou uma esfera de risco específico de vir a ocorrer a danificação da parede, pelo que se imputa este resultado àquela actuação em face da ausência de prova que o resultado foi causado por outro evento?

Não será isso reconhecer que o fundamento do juízo imputacional é a criação ou aumento do risco específico de produção do resultado proibido?

Por outro lado, como conjugar a afirmação, incontroversa ao que cremos, de que o direito penal é fragmentário, ao contrário do que sucede com o direito da responsabilidade civil, quando – e o caso analisado no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça supra referido é disso um bom exemplo –, a rejeição da imputação do resultado lesivo aos vários intervenientes numa rixa, apesar de poder haver condenação dos mesmos no crime respectivo, e malgrado este tutelar bens jurídicos pessoais individuais, leva a que se rejeite, por sua vez, a possibilidade de o lesado ser indemnizado?

A teoria do cotejo das esferas de risco tem a inegável virtude de não só responder com elegância a todas estas interrogações, num sistema coerente com todas as demais soluções que oferece para os restantes problemas causais, como, se entendido no contexto de um sistema flexível (através do qual se compensará a “menor causalidade” pela exigência de uma maior intensidade dos restantes elementos, mormente ao nível da ilicitude e/ou culpa), não apresenta o risco de proporcionar o alargamento desproporcional da responsabilidade, sendo certo, por outro lado, e no contexto do direito nacional, que a norma do art. 494.º do Código Civil sempre permitirá a introdução de factores correctivos aquando da fixação da indemnização nos casos pela mesma previstos (directamente ou por remissão de outra norma, como sucede por exemplo com o art. 496.º, n.º 4 do Código Civil).

Por outro lado, tal teoria não deixa de assegurar a sua ligação ao mundo real, essencial à eficácia do direito enquanto instrumento de regulação social (a norma tem de ser

compreendida) seja ao nível preventivo, seja ao nível restaurativo, seja sobretudo como concretização do ideal de Justiça.

Não deixamos, porém, de confessar que, sobretudo atendendo à divisão ainda bem viva na Doutrina, víamos como preferível que, a entender-se ser de seguir a via da admissibilidade de imputação do resultado nos casos de causalidade alternativa incerta, tal ser feito por via legislativa, não só por tal ser benéfico em termos de segurança jurídica mas também em termos de melhor realizar a função preventiva da responsabilidade civil (ou seja, sabendo que poderão ser responsabilizados, os potenciais lesantes melhor se prepararão para, por um lado, evitar o resultado lesivo e, por outro lado, se assegurarem que ficam munidos dos meios de prova necessários a demonstrar que não o causaram).

7. Conclusão

A afirmação de um nexo de imputação objectiva entre o resultado proibido e o comportamento do putativo lesante, em ausência de um nexo de condicionalidade *sine qua non* entre ambos, já faz parte do *acquis* da comunidade jurídica em que nos inserimos em diversas hipóteses: responsabilidade por actos de terceiro; responsabilidade por comportamentos omissivos; responsabilidade em casos da denominada causalidade psicológica; e responsabilidade em hipóteses de causalidade cumulativa não necessária.

Se nos transportarmos para o campo da fundamentação do juízo de prova dos processos causais, vistos à luz da condição *sine qua non*, verificamos também que em muitas situações, seja de processos causais ocultos, seja mesmo de processos causais aparentes, a afirmação do juízo de condicionalidade necessária acaba por ser o resultado do reconhecimento da operatividade de uma causalidade potencial conjugada com a ausência de demonstração de uma condição necessária oposta.

Respondendo positivamente à questão de saber se é possível afirmar um nexo de imputação objectiva nos casos de causalidade alternativa incerta, cremos que se poderá, senão mesmo se impondo, retirar a consequência de que o juízo de condicionalidade necessária não é, afinal, o limiar mínimo necessário ao juízo de imputação objectiva, antes se devendo orientar este para uma concepção normativa ligada à edificação de esferas de risco específico no âmbito das quais se realiza o resultado proibido.

Não só os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal da Relação de Coimbra aqui analisados respondem afirmativamente a esta questão, pese embora com diferenças ao nível da fundamentação dogmática em que se apoiam, como sustentam que tal já é assim no nosso direito constituído, o que constitui um marco de inegável importância.

Apontar-se-á o risco de, ao se abraçar a possibilidade de responsabilização nestes casos, se estará a alargar em demasia o campo da responsabilidade civil, nomeadamente se se defender a responsabilização solidária dos vários putativos lesantes pela totalidade do dano em casos que, afinal, se reconduzirão a situações de causalidade potencial.

Quanto a esta preocupação, naturalmente legítima, deixamos as seguintes propostas como cláusulas de salvaguarda: por um lado, a equacionação do problema à luz da ideia de um sistema móvel de responsabilidade civil, na esteira do pensamento de Walter Wilburg, em que se exigirá uma maior intensidade na verificação dos restantes pressupostos da responsabilidade para compensar um “menor grau de causalidade” em sede de causalidade fundamentadora; por outro lado, e já no contexto de fixação da indemnização, a consideração da possibilidade de aplicação do regime do art. 494.º do Código Civil, não só nos casos nele previstos (mera culpa), mas também analogicamente noutros casos em que um dos pressupostos da responsabilidade civil é verificado em menor grau – ou seja, e para o que agora nos interessa, permitindo a redução da indemnização quando o que se verifica não é uma “menor culpa” (caso previsto pela norma), mas uma “menor causalidade”.

Quando preparei este texto, pensei chamá-lo: três caçadores entram num bar... e depois vão à caça.

A questão que se deixo, pois, é a seguinte:

- Como decidir no caso de os três caçadores, dentro do bar, se envolverem numa rixa entre si, resultando desta rixa lesões corporais para um terceiro, sem que se saiba em concreto qual dos caçadores as provocou?

- E, continuando, saindo os caçadores do bar para a caça, como decidir se dois deles disparam ao mesmo tempo em direcção ao terceiro, por negligentemente não se aperceberem da sua presença, vindo este a morrer em consequência de um dos disparos, mas sem que se saiba qual dos outros dois fizera o disparo mortal?

Noutra ocasião em que tive oportunidade de estudar esta questão, em trabalho publicado em 2014, terminava com a esperança de que, na falta de clareza na solução legal e de unanimidade na doutrina, o futuro viesse aclarar a questão por via legislativa e/ou jurisprudencial.⁵⁷

Se ao nível legislativo, a situação se mantém, a jurisprudência veio entretanto dar novo alento ao debate, reconhecendo a responsabilização de todos os potenciais lesantes nas condições acima referidas, marco que se crê fundamental na evolução da análise da questão, deixando nota de querer mudar de paradigma ao nível do juízo de causalidade em sede de responsabilidade civil.

⁵⁷ COSTA, Patrícia Cordeiro, *Causalidade, Dano...*, págs. 168-169.

Referências bibliográficas

ABERKANE, Hassen, *Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo LVI, 1958, págs. 516-554

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde, *Causalidade e Imputação Objectiva na Teoria da Responsabilidade Civil. A Sobreposição das Concepções Normativas*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume III, 2010, Coimbra Editora, págs. 181-237
_____, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, 2015, Almedina

BANAKAS, Stathis, *Causalité juridique et imputation : réflexions sur quelques développements récents en droit anglais*, consultado em www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267949_banakas.pdf

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Responsabilidade Civil Extracontratual – Novas Perspectivas em Matéria de Nexo de Causalidade*, 2014, Principia Editora
_____, *A Conformação da Causalidade pela Jurisprudência Nacional: Consenso ou Dissenso Evolutivo*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XC, Tomo I, 2014, Coimbra, págs. 219-262
_____, *Os Conceitos de Causalidade, Imputação e Implicação a Propósito da Responsabilidade por Acidentes de Trabalho*, in *Para Jorge Leite – Escritos Jurídico-Laborais*, Volume I, Coimbra Editora, págs. 53-87
_____, *Lições de Responsabilidade Civil*, 2017, Principia Editora

BÁRCENA ZUBIETA, Rogelio Arturo, *La causalidad en el derecho de daños*, tese de doutoramento apresentada sob a orientação de Jordi Ferrer Beltran no Departamento de Direito Privado da Universidade de Girona, 2013, consultada em <http://www.tdx.cat/handle/10803/108448>

BORGES, Ronaldo Souza, *O nexo de causalidade na responsabilidade civil ambiental: o critério do risco como base de imputação de danos*, in *Lisbon Law REview*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015, págs. 111-147

CALVÃO DA SILVA, José, *A Responsabilidade Civil do Produtor*, 1990, Livraria Almedina
_____, *Causalidade Alternativa. L'Arrêt DES*, in *European Review of Private Law*, n.º 2, 1994, págs. 465-459

COGGIOLA, Nadia, *L'accertamento del nesso di causalità nei casi di mesoteliomi conseguenti ad esposizione ad amianto: una nuova pronuncia della House of Lords*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n.º 10, 2006, págs. 1782-1798
_____, *Asbestos Cases in the Italian Courts: Dueling with Uncertainty*, 2009, consultado em www.indret.com

COMANDÉ, Giovanni/NOCCO, Luca, *Proportional Liability as an Application of the Precautionary Principle. Comparative Analysis of the Italian Experience*, in *Opinio Juris in Comparatione, Studies in Comparative and National Law*, Vol. I, n.º 1, 2013, págs. 2-40.

COSTA, Patrícia Cordeiro, *Causalidade, Dano e Prova – A Incerteza na Responsabilidade Civil*, 2016, Livraria Almedina

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Actuación danosa de los grupos*, in *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 96, n.º 4, 1997, págs. 975-1006

DENNETT, Daniel, *Freedom Evolves*, 2013, Penguin London

DÍAZ, Rodrigo Barría, *El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo*, tese de doutoramento sob orientação do Prof. Dr. Eugenio Llamas Pombo na Universidade de Salamanca, 2008, em

https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/76243/1/DDP_Barria_Diaz_R_El_da%C3%B1o_causado_por.pdf

DOLEZAL, Adam/DOLEZAL, Thomas, *Conceptual Analysis of Causation in Legal Discourse*, in *European Scientific Journal*, Março de 2010, vol. 10, n.º 7, págs. 53-70

FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, 2016, Livraria Almedina

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2004, Coimbra Editora

GIFFORD, Donald G., *The Challenge to the Individual Causation Requirement in Mass Products Torts*, consultado em http://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/75/

GOMES, Júlio, *Ainda sobre a figura do dano de perda de oportunidade*, in *Cadernos de Direito Privado*, número especial “II Seminário dos Cadernos de Direito Privado – Responsabilidade Civil”, Dezembro de 2012, págs. 17-29.

GONZÁLEZ, Albert Ruda, *La responsabilidad por cuota de mercado a juicio*, Julho de 2003, consultado em www.indret.com

GREEN, Sarah, *The risk pricing principle: a pragmatic approach to causation and apportionment of damages*, in *Law, Probability and Risk*, 2005, n.º 4, págs. 159-175

G’SELL, Florence, *Causation, Counterfactuals and Probabilities in Philosophy and Legal Thinking*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2016, n.º 91, págs. 503-525

GUICHARD, Raul, *A ideia de um sistema móvel, em especial no domínio da responsabilidade civil. Apresentação da tradução de Walter Wilburg “Desenvolvimento de um sistema móvel no*

Direito Civil”, Revista Direito e Justiça, Vol. XIV, tomo 3, 2000, Universidade Católica, págs. 51-75

HITCHCOCK, Chistopher, *Counterfactual Availability and Causal Judgment*, in *Understanding Counterfactuals, Understanding Causation – Issues in Philosophy and Psychology*, 2011, Oxford University Press, págs. 171-185

KOZIOL, Helmut, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, 2012, Jan Sramek Verlag KG Wien

LAFUENTE, Virginia Múrtula, *Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil*, 2006, consultado em www.indret.com

MARTINS, João Marques, *Prova por Presunções Judiciais na Responsabilidade Civil Aquiliana*, 2017, Editora Principia.

McIVOR, Claire, *The ‘Doubles the Risk’ Test for Causation and Other Related Judicial Misconceptions about Epidemiology*, *Tort Law: Changelling Orthodoxy*, edição de Stephen GA Pitel, Jason W Neyers e Erika Chamberlain, 2013, Oxford and Portland, versão ebook (format mobi), págs. 215-234

MENEZES CORDEIRO, António, *Direito das Obrigações, 2.º Volume*, 1994, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
_____, *Tratado de Direito Civil – VIII – Direito das Obrigações*, 2016, Livraria Almedina

MENZIES, Peter, *The Role of Counterfactuals Dependence in Causal Judgements*, in *Understanding Counterfactuals, Understanding Causation – Issues in Philosophy and Psychology*, 2011, Oxford University Press, págs. 186-207

MOORE, Michael S., *Causation and Responsibility – An Essay in Law, Morals and Metaphysics*, 2009, Oxford University Press

MOTA PINTO, Paulo, *Sobre condição e causa na responsabilidade civil (nota a propósito do problema de causalidade da causa virtual)*, in *ARS IVDICANDI – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Volume III, 2008, Coimbra Editora, págs. 929-967
_____, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Volumes I e II, 2008, Coimbra Editora

MULHOLLAND, Caitlin, *Alternative causation, unidentifiable tortfeasors and group liability: a case study*, consultado em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Mulholland-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>

OLIPHANT, Ken, *Uncertain Factual Causation in the Third Restatement: Some Comparative Notes*, in *William Mitchell Law Review*, Vol. 37, 2010-2011, págs. 1599-1632

_____, *Causation in Cases of Evidential Uncertainty: Judicial Techniques and Fundamental Issues*, in *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 91, n.º 2, págs. 587-602

_____, *Against Certainty in Tort Law*, in *Tort Law: Challenging Orthodoxy*, edição de Stephen GA Pitel, Jason W Neyers e Erika Chamberlain, 2013, Oxford and Portland, versão ebook (format mobi), págs. 1-18

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*, 2007, Livraria Almedina

_____, *A Prova do Nexo de Causalidade na Lei da Responsabilidade Ambiental*, em Actas do Colóquio “A Responsabilidade Civil por Dano Ambiental”, Organização de Carla Amado Gomes e Tiago Antunes, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, págs. 172 e segs., consultado em <http://www.icjp.pt/publicacoes/1/737>

PEREIRA, Rui Soares, *O nexo de causalidade na responsabilidade delitual. Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*, tese de doutoramento apresentada sob a orientação do Professor Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, edição policopiada

PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel, *Em tema de causalidade alternativa*, in *Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso – O Código Civil 50 anos depois: balanço e perspectivas*, Liv. Almedina, Novembro de 2017, págs. 513 e segs.

PORAT, Ariel/ STEIN, Alex, *Tort Liability Under Uncertainty*, 2011, Oxford University Press

PUPPE, Ingebord, *The Concept of Causation in the Law*, 2013, consultado em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2744701

QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, 2010, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo, e Javier de Vicente Remesal, 1997, Editorial Civitas

SILVEIRA, Diana Montenegro da, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, 2010, Coimbra Editora

SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 1989, Livraria Almedina

_____, *Définition de la causalité: la causalité dans les projets nationaux*, consultado em http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267958_jsmonteiro.pdf

SCHAFER, Jonathan, *Contrastive Causation in the Law*, in *Legal Theory*, 2010, n.º 16, Cambridge University Press, págs. 259-297

SOBCZAK, Faro, *A Comparison between Dutch and English Laws with Regard to the Problem of Multiple Causation in Asbestos-Related Cases*, *European Review of Private Law*, 6-2010, págs. 1155-1179;

STAPLETON, Jane, *Choosing what we mean by "Causation" in the Law*, in *Missouri Law Review*, n.º 73, 2008, págs. 433-480

STEEL, Sandy, *Causation in English Tort Law: Still wrong after all these years*, in *University of Queensland Law Journal*, 2012, Vol. 31, n.º 2, págs. 243-264

STEEL, Sandy/IBBETSON, David, *More Grief on Uncertain Causation in Tort*, in *Cambridge Law Journal*, Julho 2011, 70 (2), págs. 451-468

THIEDE, Thomas, *Defective Pharmaceuticals and Indeterminate Tortfeasors: A German Law Perspective on DES-Daughters Scenarios*, in *European Review Law*, 2-2013, págs. 617-624

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 1994, Livraria Almedina

WRIGHT, Richard W., *Causation in Tort Law*, in *California Law Review*, 1985, n.º 73, págs. 1735-1828

_____, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, in *Iowa Law Review*, n.º 73, 1988, págs. 1001-1077

_____, *Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability and the Burden of Proof*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2007-2008, n.º 41, págs. 1295-1344

WRIGHT, Richard W./PUPPE, Ingebord, *Causation: Linguistic, Philosophical and Economic*, 2016, consultado em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2765803

_____, *Causation in Law: Philosophy, Doctrine and Practice*, 2016, consultado em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2746916

YOUNG, Robert/FAURE, Michael/FENN, Paul, *Causality and causation in tort law*, in *International Review of Law and Economics*, n.º 24, 2004, págs. 507-523

Vídeo da apresentação



4.

**Os danos puramente
patrimoniais - a propósito
do caso ACP v. Casa da
Música / Porto 2001, SA**

Jorge Sinde Monteiro



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

OS DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS A PROPÓSITO DO CASO ACP V. CASA DA MÚSICA / PORTO 2001, S.A.

Jorge Sinde Monteiro*

- I. Considerações preliminares objeto da análise.
 - II. Da ilicitude delitual.
 - A. Modalidades.
 - B. Violação dos direitos de outrem.
 - C. Danos puramente patrimoniais.
 - III. Da violação da propriedade.
 - IV. Estabelecimento comercial, direito de propriedade e direito à empresa.
 - V. Considerações finais.
- Sumário, Bibliografia e Jurisprudência.
Vídeos da apresentação.

I. Considerações preliminares objecto da análise

A Associação dos Comerciantes do Porto, e outros, intentaram uma ação declarativa contra Casa da Música / Porto 2001, S.A., prosseguida, após a extinção desta, contra o Estado português, em que pediam a condenação numa indemnização corresponde aos prejuízos causados aos comerciantes pela realização de obras, no âmbito dos trabalhos de requalificação urbana tendo em vista a realização do evento “Porto, Capital Europeia da Cultura – 2001”.

A execução das obras por parte da Ré, na qualidade de dona da obra, na baixa da cidade, nos anos de 2000 a 2002, demorara um tempo exagerado, com ultrapassagem de todos os prazos previstos, tendo decorrido sem uma adequada preparação e organização, gerando graves perturbações no acesso a essa zona e aos estabelecimentos em causa, com isso ocasionado prejuízos para o comércio, traduzidos num notório abaixamento do volume de negócios (lucros cessantes).

A ação obteve provimento em 1.ª instância¹, tendo sido confirmada pelo Tribunal da Relação do Porto² e pelo Supremo Tribunal de Justiça³.

O núcleo jurídico do pleito resulta com clareza dos pontos V e VI do sumário do Acórdão do STJ, que reproduzimos:

“V. A clientela, ou aviamento do estabelecimento comercial, sem embargo de não poder ser objeto de relações jurídicas autónomas, é um valor a ter em atenção em caso de transmissão do estabelecimento, sendo algo que se encontra englobado no ativo deste, como coisa incorpórea que do mesmo faz parte.

* Professor Catedrático Jubilado da FDUC | Diretor do 2.º Ciclo de Estudos da FDCP da ULP.

¹ Tribunal Judicial da Comarca do Porto, 3.ª Vara Cível, processo 812/05.9TVPRT, Sentença de 14 de novembro de 2012 (a que tivemos acesso através da base de dados da JusNet).

² Acórdão de 13 de setembro de 2013, processo 812/05.9TVPRT.P1 (site da DGSJ).

³ Acórdão de 11 de fevereiro de 2014, processo 812/05.9TVPRT.P1.S1 (site da DGSJ).

VI. Nesta leitura, a *diminuição da clientela* pode e deve ser ressarcida se *por via de uma conduta ilícita* for comprovadamente constatada, pois traduzindo o conjunto potencial de pessoas dispostas a contratar com os estabelecimentos considerados, nele adquirindo bens ou serviços, há-de a mesma ser tida em conta na aferição do dano.”⁴

A nossa atenção incidirá exclusivamente sobre o elemento ao qual demos realce, ou seja, um dos requisitos da responsabilidade civil, a ilicitude. Procuraremos averiguar se se depara com uma contrariedade objetiva aos valores e interesses protegidos pelo sistema de responsabilidade civil que permita afirmar a verificação deste requisito⁵.

Fora do campo de análise ficarão os aspetos atinentes ao prejuízo, à culpa e ao nexo de causalidade.

A questão a que procuraremos responder coloca-se nestes termos: admitindo que da realização daquelas obras resultaram prejuízos para os estabelecimentos comerciais das Autoras, deverá considerar-se ilícita a atuação da Ré?

II. Da ilicitude delitual

A. Modalidades

Uma nota importante e característica de qualquer sistema de responsabilidade civil consiste em saber se a lei, de entre os métodos para delimitar o âmbito dos danos ressarcíveis, lança mão desse “filtro” que é o requisito da ilicitude e, caso afirmativo, dos termos em que o reconhece.

O Código Civil português, seguindo as propostas de Vaz Serra⁶, adotou uma posição que se situa entre os pólos constituídos pelos sistemas francês e germânico⁷.

Diferentemente do *Code de Napoléon*, que contém uma irrestrita cláusula geral de responsabilidade civil (art. 1382.º)⁸, entendeu dever inserir aquele pressuposto entre as condicionantes gerais do nascimento de um dever de indemnizar, especificando mesmo no n.º

⁴ Destacámos, em itálico, a referência à necessidade de a diminuição da clientela provir de uma conduta ilícita.

⁵ Nas considerações subsequentes, atemo-nos, no essencial, aos desenvolvimentos contidos num parecer elaborado numa fase inicial deste contencioso.

⁶ Adriano Paes da Silva VAZ SERRA, “Requisitos da Responsabilidade Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça n.º 92* (janeiro de 1960), págs. 38-137.

⁷ Com maior desenvolvimento v. o nosso estudo “Responsabilidade Delitual. Da Ilcitude”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, 2007, pp. 453-481.

⁸ “Qualquer facto do homem, que causa a outrem um dano, obriga aquele por culpa de quem ele se deu, a repará-lo” (VAZ SERRA, ob. cit., pág. 64).

1 do art. 483.º as duas modalidades fundamentais que pode revestir: violação dos direitos de outrem ou de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios⁹.

Ao fazê-lo, renunciou à antiquada enumeração dos bens e direitos com que se depara na alínea I do § 823 do BGB para a determinação da primeira modalidade de ilicitude¹⁰, adotando uma linguagem aberta que nos parece possibilitar uma mais fácil adaptação à evolução das necessidades e valores da sociedade.

Por outro lado, quanto à cláusula residual de ilicitude, preferiu não fechar o julgador e o intérprete no colete de forças de um “dano causado dolosamente contra os bons costumes”¹¹, abrindo uma ampla possibilidade de utilização delitual da teoria do abuso do direito (art. 334.º), cuja aplicação não deve ser restringida, em nosso entender, às hipóteses de exercício de um direito em sentido técnico¹², antes cobrindo, por maioria de razão, as situações em que, no uso da liberdade geral de agir, se causa um prejuízo mediante um ato contrário aos bons costumes¹³.

Mas é essencialmente a primeira modalidade de ilicitude que está em causa. A ela se limitarão as considerações subsequentes.

B. Violação dos direitos de outrem

Ao falar em “direitos” nos articulados que antecederam a versão definitiva do art. 483.º, n.º 1, Vaz Serra tinha exclusivamente em vista a violação de direitos subjetivos absolutos¹⁴. Quanto aos direitos de crédito dedicou-lhes um estudo autónomo, defendendo que a sua ressarcibilidade só seria justificada quando tivessem sido causados com abuso do direito¹⁵.

No decurso dos trabalhos de revisão, o legislador-político deixou cair este outro articulado proposto pelo legislador-cientista¹⁶. De forma que se tornou possível defender que também a violação de direitos relativos, em especial de direitos de crédito, goza de proteção delitual, preenchendo o requisito da ilicitude.

⁹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª edição, Coimbra, 2000, págs. 533 s.

¹⁰ “Quem, dolosa ou culposamente, lesa antijuridicamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de outrem, é obrigado a indemnizar o dano daí resultante” (VAZ SERRA, ob. cit., pág. 43).

¹¹ § 826 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*): “Quem, de um modo ofensivo para os bons costumes, causa dolosamente um dano a uma outra pessoa, é obrigado a reparar o dano daí resultante”.

¹² Cfr. FERRER-CORREIA / LOBO XAVIER, “Efeito Externo das Obrigações; Abuso do Direito; Concorrência Desleal”, *Revista de Direito e Economia*, Ano V (1979), págs. 3 s.

¹³ Cfr. o § 1295/II do Código Civil Geral Austríaco (*ABGB*): “é também responsável (pela reparação) aquele que causa intencionalmente um dano de uma forma ofensiva dos bons costumes; todavia, no caso de isto acontecer no exercício de um direito, somente então quando o exercício do direito tinha manifestamente o objetivo de causar dano ao outro”. V. tb. Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011, p. 995.

¹⁴ VAZ SERRA, ob. cit., n.º 13, pág. 112.

¹⁵ VAZ SERRA, “Responsabilidade de Terceiros no não Cumprimento de Obrigações”, *BMJ* 85, págs. 345 s. e art. 734.º do Anteprojeto (versão resumida).

¹⁶ V. Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, Lisboa, 1973, págs. 114 s.

Todavia, o facto de a lei ter renunciado a explicitar os termos em que a violação de direitos de crédito por terceiros há-de gerar uma reacção delitual não tem de modo algum que significar que a lei tenha querido consagrar aquela solução¹⁷. Apenas que pretendeu deixar uma maior margem de manobra à doutrina e aos tribunais.

E uma boa parte da doutrina continua na verdade a defender como solução de princípio que apenas a violação de direitos absolutos é suscetível de apor à conduta do agente a mácula da ilicitude¹⁸, recusando o chamado “efeito externo das obrigações”, de acordo com o qual sobre os terceiros recairia o dever de não inferir com as relações de crédito alheias, sob pena de poderem vir a responder diretamente perante o credor¹⁹.

Em algumas situações nas quais, de acordo com os padrões ético-jurídicos dominantes, a responsabilização do terceiro parece impor-se, a solução pode alcançar-se através da doutrina do abuso do direito ou, de todo o modo, através da ideia regulativa que subjaz ao art. 334.^o²⁰. Essas situações serão sobretudo aquelas que o direito anglo-saxónico engloba no *tort of inducing breach of contract*²¹.

C. Danos puramente patrimoniais

Pode acontecer que alguém (pessoa singular ou coletiva) experimente uma desvantagem patrimonial atribuível a um ato de uma outra pessoa, sem que, todavia, lhe possa assacar a violação de um direito subjetivo.

Por exemplo, acreditou na informação acerca da tendência para a alta das ações de uma determinada sociedade, das quais adquiriu um volumoso lote, quando afinal esse valor veio na realidade a diminuir. Se o prejudicado não consegue encontrar um fundamento jurídico concreto com base no qual o informante negligente estivesse obrigado para com ele a dar a informação ou a proceder com cuidado no caso de dar a informação (um contrato ou uma outra relação especial)²², como em regra acontecerá se a colheu num jornal generalista²³, então não poderá em princípio exigir uma compensação. Há dano, mas não há ilicitude.

¹⁷ Francisco Manuel PEREIRA COELHO, *Obrigações, Sumários das Lições ao Curso de 1966-1967*, Coimbra, 1967, n.º 52, págs. 67-71, em especial a n. (1) da pág. 70.

¹⁸ Rui ALARCÃO, *Direito das Obrigações* (com a col. de SOUSA RIBEIRO, SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ e BRANDÃO PROENÇA), Coimbra, 1983, págs. 77 s.; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., pág. 533.

¹⁹ Na jurisprudência, pronunciaram-se a favor do efeito externo as decisões do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de julho de 1964, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 98, 19 s. (com anot. crítica de VAZ SERRA, 25 s.) e de 25 de outubro de 1993, *Coletânea de Jurisprudência*, Tomo III, 86 (=Boletim do Ministério da Justiça n.º 430, 455); contra, Acórdãos de 17 de junho de 1969, *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 188, 146, de 27 de janeiro de 1993, *Coletânea de Jurisprudência*, Tomo I, 84, bem como o Acórdão da Relação do Porto de 10 de março de 1994, *Coletânea de Jurisprudência*, Tomo II, 197-200.

²⁰ Mesmo autores que entendem que a aplicação do 334.º pressupõe formalmente o exercício de um direito (v.g. Manuel CARNEIRO DA FRADA, *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil? O problema dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, 1997) não contestam de forma alguma o carácter ilícito da causação dolosa de danos contra os bons costumes.

²¹ Alguns casos podem ver-se na coletânea organizada por Tony WEIR, *A Casebook on Tort*, Ninth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2000, págs. 585 s.

²² A letra da lei do n.º 2 do art. 485.º apenas cobre a hipótese de existência de um dever de informar. Mas a moderna teoria das obrigações vem pondo em destaque, ao lado dos deveres de prestação, outros deveres de conduta, nomeadamente os impostos pelo princípio da boa fé e os trabalhos preparatórios mostram, com respeito

As hipóteses modernas de *damnum sine injuria* podem também resultar v.g. do corte negligente de um cabo de condução de energia elétrica, por exemplo devido a negligência do manobrador de uma máquina escavadora durante os trabalhos de abertura de uma vala, do que resulta a interrupção de funcionamento de uma empresa contígua.

A reparação dos danos sofridos pelo proprietário do cabo não suscita dúvidas. Mas se a interrupção do fornecimento de energia não provocou a deterioração das máquinas ou de outros bens do prejudicado, nem danos pessoais, então entende-se geralmente que, por falta de preenchimento do requisito da ilicitude, os prejuízos resultantes da suspensão da laboração não são ressarcíveis²⁴.

Nos países de direito continental onde este pressuposto do dever de indemnizar é requerido pelo direito positivo costuma falar-se em “danos puramente patrimoniais” ou “danos patrimoniais primários”²⁵. No âmbito da *common law*, os danos que alguém suporta no seu património sem prévio ataque físico a pessoas ou a coisas, em princípio excluídos do *tort of negligence*, são usualmente designados por *pure economic loss* ou *pure financial loss*²⁶.

A ressarcibilidade destes prejuízos não está excluída no nosso sistema delitual. Apenas deixa de se verificar a primeira e mais geral modalidade de ilicitude. Os direitos subjetivos absolutos, ou melhor, os bens e interesses que se encontrem ao abrigo de um direito deste tipo estão protegidos contra toda e qualquer intromissão, a qual indicia a existência de ilicitude. Outros interesses só estarão protegidos ao abrigo das restantes modalidades, isto é, violação de uma disposição legal que, para além das finalidades visadas no setor jurídico onde se insere (penal, administrativo, etc.) visa proteger determinadas pessoas contra certos tipos de danos²⁷ ou uma atuação com abuso do direito.

Existe assim uma certa desvalorização no nosso sistema jurídico, bem como em todos aqueles onde a lei ou a doutrina e a jurisprudência consagraram um entendimento similar da antijuridicidade delitual, destes danos mera ou puramente patrimoniais, ponto de partida do sistema que deverá ser tido em conta na consideração de particulares problemas, v.g. quanto ao ponto de saber se uma determinada disposição legal deve ou não ser interpretada como visando uma proteção delitual de determinados sujeitos. Na dúvida, isto deve aceitar-se com

a este instituto, que não existe fundamento para um desvio desta linha de orientação. V. Adriano Paes da Silva VAZ SERRA, “Abuso do Direito (em matéria de responsabilidade civil)”, *BMJ 85* (abril de 1959), 243 s., n.º 7, al. f).

²³ Com respeito a revistas especializadas, v.g. em informações de bolsa, a jurisprudência de diversos países recusa ver na sua assinatura um puro contrato de compra e venda, entendendo que a prestação de conselho ou informação se inclui entre os deveres de prestação; v. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989, págs. 389s.

²⁴ V. Jaap SPIER (Ed.), *The Limits of Expanding Liability, Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective*, Kluwer, 1998, respostas ao caso n.º 2 e o respetivo relatório de direito comparado, págs. 37 s. Cfr. Mafalda MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?* Almedina, Coimbra, 2006.

²⁵ SINDE MONTEIRO, ob. cit., págs. 187s.

²⁶ Alastair MULLIS & Ken OLIPHANT, *Torts*, second edition, Macmillan, 1997, págs. 47 s.

²⁷ Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009. Com respeito ao desenvolvimento de “deveres de prevenção do perigo” ou “deveres no tráfego” pata a proteção contra danos patrimoniais primários, cfr. Manuel António CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 253, e Rui de Mascarenhas ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 1057 s, em especial p. 1075.

maior facilidade onde estiver em causa um direito absoluto, como a proteção da saúde ou da integridade física, do que se estivermos perante aquele tipo de prejuízos.

Em alguns casos existirá a violação de um direito de crédito. Não está todavia demonstrado que aquelas situações em que se verifique a violação de um direito deste tipo suscitem expectativas mais merecedoras de proteção do que quando isso não se verifica²⁸.

Vejamos então se, no caso em análise, será possível divisar a violação de um direito subjetivo, nomeadamente do direito de propriedade.

III. Da violação da propriedade

1. Enquadramento. Aludindo o n.º 1 do art. 1302.º do Código Civil apenas a “*coisas corpóreas*” como objeto do direito de propriedade, não é de forma alguma pacífico que o estabelecimento comercial, concebido unitariamente, possa ser objeto deste direito. A questão apresenta em todo o caso particularidades que requerem um tratamento separado. Mas é evidente que se pode verificar a violação da propriedade sobre coisas ou elementos pertencentes ao estabelecimento, pelo que se impõe começemos por considerar os aspetos gerais da violação do direito de propriedade.

2. A base jurídica. O conteúdo do direito de “propriedade das coisas”²⁹ é descrito pelo art. 1305.º: “o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”. Esta disposição é determinante para efeitos de responsabilidade civil, bem como em diferentes áreas do direito privado³⁰.

A doutrina entende geralmente que não se está perante uma definição, antes de simples apresentação das características deste direito³¹, em que sobressaem as notas da plenitude e exclusividade³². Num plano definitório, Oliveira Ascensão apresenta a propriedade como o “direito real que outorga a universalidade dos poderes que à coisa se podem referir”³³ e, numa linha de proximidade, Carvalho Fernandes como “o direito real máximo, mediante o qual é

²⁸ Argumento desenvolvido em especial por P. S. ATIYAH, “Economic Loss in the United States”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 5 (1985), 485 s., 486-487.

²⁹ Epígrafe do art. 1305.º do Código Civil de acordo com a Lei n.º 8/2017, de 3 de março, que veio estabelecer um Estatuto Jurídico dos Animais. A propriedade de animais foi, *inter alia*, objeto de regulamentação num novo art. 1305.º-A.

³⁰ Rui PINTO DUARTE, in *Curso de Direitos Reais*, 3.ª Edição, Principia, Cascais, 2013, pp. 353-354, observa que os conceitos de direito de propriedade adotados nas constituições são muitas vezes diversos dos adotados no direito privado. Sobre o art. 62.º da Constituição da República Portuguesa, que estabelece uma garantia do direito à propriedade privada (“nos termos da Constituição”), v. pp. 361 s.

³¹ Manuel HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, Coimbra, 1967, págs. 133-134; Álvaro MOREIRA e Carlos FRAGA, *Direitos Reais* (segundo as preleções do Prof. Doutor MOTA PINTO), Livraria Almedina, Coimbra, 1972, págs. 233 s.; PINTO DUARTE. ob. cit., pág. 49.

³² V. em especial A. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais* (reprint 1979), Lex, Lisboa, 1993, págs. 625 s.; com maior generalidade, sobre os “princípios constitucionais do direito das coisas”, ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, com Coord. de F. LIBERAL FERNANDES / M. Raquel GUIMARÃES I M. Regina REDINHA, Coimbra Editora, 2012, pp. 139 s.

³³ José de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Reais*, 5.ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2000, pág. 448.

assegurada a certa pessoa, com exclusividade, a generalidade dos poderes de aproveitamento global das utilidades de certa coisa”³⁴.

3. Formas de violação.

a) *Subtração da propriedade.* A disposição ou oneração ilegítimas da propriedade alheia, se eficazes em relação ao proprietário, constituem óbvia violação do direito consagrado no art. 1305.º ³⁵. A importância prática desta hipótese prende-se com o regime instituído em cada país a respeito da aquisição da propriedade por terceiros adquirentes de boa-fé, sendo menor entre nós do que na generalidade dos países europeus ³⁶.

b) *Atuação sobre a coisa.* Do ponto de vista quantitativo é este o grupo de casos mais vulgar, principalmente as situações de lesão da substância, destruição ou danificação da coisa. Aqui se podem igualmente incluir as situações em que alguém é privado da posse ou as simples perturbações, como a entrada de estranhos em edifícios ou o descarregar de entulho ³⁷. Juridicamente, não se suscitam aqui dificuldades.

Viola igualmente o direito de propriedade a introdução de vírus em computadores, o esvaziamento de um pneu e a contaminação do subsolo com petróleo ou de um campo com parasitas ou produtos químicos.

Também assim se os ovos que se encontram em estufa, num aviário, ficam inutilizados devido à interrupção do fornecimento de energia.

Como ingerência na substância da coisa parece dever considerar-se a modificação do estado físico de agregação, v.g. se o metal que se encontra em fundição solidifica devido ao arrefecimento provocado pela falta de energia. Poderá acontecer é que daqui não resulte prejuízo para o proprietário do metal e teremos então uma hipótese de *injuria sine damnum* ³⁸.

A simples modificação da localização de uma coisa móvel (um livro ou as fichas de um arquivo) poderá constituir violação da propriedade. Claramente assim se alguém muda de lugar os contentores que se encontram num armazém, de forma que as engrenagens dirigidas por computadores deixam de os conseguir encontrar ³⁹.

Ainda neste grupo será de incluir a hipótese de mistura de produtos farmacológicos em alimentos para animais, os quais, pela suspeita de os poderem ter ingerido, não podem ser negociados ⁴⁰. O simples perigo de ingestão justifica a inclusão no grupo de atuação fáctica

³⁴ Luís A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 3.ª edição, Quid Juris, Lisboa, 1999, 316.

³⁵ VAZ SERRA, *Requisitos (...)*, cit., págs. 78-79. Em geral, Christian von BAR, *Probleme der Haftpflicht für deliktsrechtliche Eigentumsverletzungen*, in Mannheimer Vorträge zur Versicherungswissenschaft, n.º 55, 1992.

³⁶ Sobre a não aceitação, entre nós, do princípio “posse vale título”, MOTA PINTO, págs. 54 s.; numa perspetiva comparatística, António MENEZES CORDEIRO, *A Posse: Perspetivas Dogmáticas Atuais*, Almedina, 1997, págs. 116 s.

³⁷ LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, Halbband 2, 13. Auflage, München, 1994, pág. 387.

³⁸ Neste sentido, Chr. von BAR, ob. cit., pág. 27.

³⁹ Von BAR, ob. cit., pág. 11.

⁴⁰ Está aqui em causa a faculdade de disposição da coisa.

sobre a coisa (ingerência no objeto do direito), mas este caso situa-se já na linha de fronteira para o grupo seguinte, o das puras perturbações da utilização, sem atuação sobre a coisa como tal⁴¹.

Igualmente próximo desta linha de fronteira nos parece situar-se a hipótese sobre a qual incidiu o Ac. da Relação de Lisboa de 30 de setembro de 1993. A deficiente realização de obras no autódromo do Estoril deu origem à formação de uma pequena “lagoa”, do que resultou “a criação de águas estagnadas (...) que provocam concentração de mosquitos e exalam cheiro nauseabundo, que atingem um hotel contíguo (...)”⁴².

c) *Puras perturbações da utilização*. Frequentemente de difícil resolução e bastante discutidas na doutrina são as hipóteses em que se verifica uma simples perturbação do fim de utilização, sem uma atuação ou ingerência física sobre a coisa⁴³. Na jurisprudência alemã, decisões nas quais, por este prisma, tenha sido afirmada uma violação da propriedade continuam a ser relativamente escassas⁴⁴.

Vejamos um caso típico (*Fleetfall*). Por culpa do encarregado da manutenção, verificou-se a derrocada da muralha da margem de um canal, do que resultou ter um navio ficado imobilizado longos meses na parte final desta via aquática. Por outro lado, três outros navios da autora, que tinha com o detentor de um moinho que comunicava com o porto através daquele canal um contrato de transporte de cargas, ficaram impedidos de atingir a parte final do canal.

O Tribunal Federal considerou ter existido uma violação da propriedade com respeito ao navio que ficara bloqueado, sem poder navegar, mas já não daqueles que ficaram apenas impedidos de proceder aos transportes. A qualidade destes últimos, como meio de transporte, não teria sido tocada, ao contrário do que considerou acontecer com respeito ao primeiro⁴⁵.

Caso paralelo a este, mas respeitante já não à possibilidade de utilização de móveis, antes de edifícios, é o *Tanklagerfall*.

Por via de um procedimento incorreto, tinha deflagrado um incêndio, daí resultando o perigo de explosão de um depósito. A polícia ordenou então a evacuação do edifício de uma empresa da vizinhança por um período de aproximadamente duas horas. Todavia, os veículos de intervenção da polícia e dos bombeiros continuaram a bloquear as estradas de acesso durante mais três horas, o que impediu uma retomada da atividade da empresa.

O Tribunal Federal considerou existir uma violação da propriedade com respeito ao período que demorou a evacuação forçada do edifício; ao invés teve-a por inexistente quanto ao da

⁴¹ Von BAR, ob. cit., pág. 28 e LARENZ / CANARIS, ob. cit., pág. 388.

⁴² *Coletânea de Jurisprudência*, ano XVIII (1993), tomo IV, págs. 116-117.

⁴³ A nível monográfico, v. em especial Winfried BOECKEN, *Deliktsrechteigentumsschutz gegen reine Nutzungsbeeinträchtigungen*, Berlin, 1995.

⁴⁴ Von BAR, ob. cit., pág. 29; com pormenor, v. BOECKEN, págs. 52 s.

⁴⁵ BGHZ 55, 153 s.; concordando com a solução, LARENZ / CANARIS, ob. cit., págs. 390-391.

duração do bloqueio de acesso⁴⁶. A evacuação importara a retirada da posse ou pelo menos uma perturbação da mesma. Com respeito ao bloqueio, em paralelo aliás com o *Fleetfall*, a solução resulta disso que a propriedade de um edifício não abrange em princípio o poder de utilizar as ruas situadas à sua volta (a possibilidade do “uso comum” de estradas ou vias aquáticas não constitui um direito subjetivo para efeitos do direito da responsabilidade, de acordo com uma jurisprudência constante).

Representativos são também os casos em que, devido a um ato culposos, é interrompido o fornecimento v.g. de energia elétrica. Como salientámos de passagem, ao caracterizar a noção de danos meramente patrimoniais (*supra*, II C), tem sido aceite que a mera interrupção da produção não implica uma violação da propriedade⁴⁷.

4. Conclusões interlocutórias e sequência.

A plenitude e exclusividade dos “direitos de uso e fruição” (na terminologia do art. 1305.º) e, com isso, o direito de excluir ou impedir intromissões alheias, não pode significar que toda e qualquer limitação à utilização da coisa que constitui o objeto do direito de propriedade (sem atuação física) implique a sua violação⁴⁸. Como linha de princípio, parece de exigir que a possibilidade de utilização da coisa tenha sido, pelo menos temporariamente, de todo suprimida e não apenas limitada⁴⁹.

E quanto ao direito de livre atuação do proprietário não deve perder-se de vista que este se refere à própria coisa e não à utilização, sobretudo, de coisas de “uso comum”, como são as vias públicas.

Pelo prisma do direito de propriedade sobre coisas corpóreas, não parece, pois, ter existido qualquer violação no caso *sub iudice*.

Nesta perspetiva aparecem em destaque os edifícios onde funcionam os estabelecimentos.

Ora a intervenção da Ré processou-se apenas em coisas do domínio público. A ter havido violação de algum “elemento” do estabelecimento comercial, só poderia ter sido a clientela, que, reconhecidamente, não pode ser objeto de um direito real ou absoluto, nem objeto autónomo de tutela jurídica⁵⁰.

⁴⁶ BGH NJW 1977, págs. 2264

⁴⁷ Cfr. B. MARKESINIS/H. UNBERATH, *The German law of Torts, A Comparative Treatise*, Fourth Edition, Hart Publishing, Oxford, 2002, págs. 56-57, com uma tradução para a língua inglesa de diversos casos julgados pelo Tribunal Federal alemão e notas de direito comparado nas págs. 203 s.

⁴⁸ No domínio das relações de vizinhança, v. o art. 1346.º do Código Civil e a interpretação que lhe é dada por HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, págs. 142-145.

⁴⁹ Cfr. von BAR, *ob. cit.*, pág. 31.

⁵⁰ Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 7.ª Edição, Coimbra, 2009, págs. 226-229. Este autor entende, contudo, que a clientela não constitui, “(...)”, em rigor, elemento (algo constituinte ou componente) da empresa” (pág. 228). Cfr. também José de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Volume I, Institutos Gerais, Lisboa, 1998/99, págs. 108-109, ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, cit., nota (1) da pág. 139, e Fernando de GRAVATO MORAIS, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 15-24 (com ind. bibliogr.).

Mas as coisas podem focar-se a outra luz. Se não existiu violação do direito de propriedade sobre os estabelecimentos, considerados estes atomisticamente, não poderá divisar-se uma violação do direito de propriedade sobre o próprio estabelecimento, visto como uma coisa unitária?

É o que iremos tentar dilucidar em seguida.

IV. Estabelecimento comercial, direito de propriedade e direito à empresa

1. *Estabelecimento comercial e direito de propriedade.*

Ao estabelecimento comercial, concebido como o “conjunto de meios dispostos pelo empresário para o exercício da sua atividade profissional ou da sua empresa”⁵¹, pertencem coisas corpóreas, incorpóreas e bens não coisificáveis⁵², sendo reconhecido que este bem não se deixa prender à vontade nos esquemas normais da dogmática jurídica⁵³.

Segundo uma conceção que tem prevalecido na escola jurídica de Coimbra, ele será um bem imaterial, mas encarnado num lastro material ou corpóreo, pelo que se apresentaria como um caso de “incorporalidade *sui generis*”⁵⁴. A partir daqui seria possível conceber o estabelecimento como objeto de domínio, apesar do que dispunha o art. 1302.^º⁵⁵. Pois que o art. 1303.^º, n.º 2 acrescenta serem as disposições do código “subsidiariamente aplicáveis aos direitos de autor e à propriedade industrial”, demonstrando isto que o Código Civil admite outras espécies de propriedade, além da que incide sobre coisas corpóreas e sobre animais.

É certo que a remissão é ali efetuada com referência às hipóteses reguladas em legislação especial, o que contudo não obriga a interpretar essa referência com uma intenção limitativa de negação da “qualificação de coisas sujeitas a *dominium* a quaisquer outros entes, como justamente a empresa ou estabelecimento comercial”⁵⁶. Segundo Ferrer-Correia, “o presumível é que o legislador não tenha curado disso, ficando o caso totalmente em aberto”⁵⁷.

Esta conceção proporcionaria o melhor enquadramento para a solução de problemas de regulamentação jurídica relativos à matéria do estabelecimento, sendo um destes justamente o da responsabilidade civil, visto que deste modo “o empresário poderá invocar a proteção da lei relativamente a facto de terceiro que, sem atentar propriamente contra elementos

⁵¹ António Arruda de FERRER-CORREIA, “Sobre a Projetada Reforma da Legislação Comercial Portuguesa”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 44 (maio de 1984), págs. 5 s., 21.

⁵² COUTINHO DE ABREU, Curso (...), cit., págs. 207 s. e Da Empresarialidade, As Empresas no Direito, Coimbra, 1996, pág. 41.

⁵³ FERRER-CORREIA, ob. cit., n.º 11, pág. 22.

⁵⁴ FERRER-CORREIA, ob. cit., n.º 12, pág., 24, citando ORLANDO DE CARVALHO, Direito das Coisas, Coimbra, 1977, pág. 190; COUTINHO DE ABREU, Curso (...), cit., pág. 232 e Da Empresarialidade, págs. 69 s. Para MENEZES CORDEIRO, Manual de Direito Comercial, I Volume, Coimbra, 2001, pág. 258, haveria que admitir a ideia de “esferas jurídicas especiais”.

⁵⁵ “Só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objeto do direito de propriedade regulado neste código”, na redação inicial. Na redação da Lei n.º 8/2017, de 3 de março, o texto anterior passou a constituir o n.º 1, tendo sido suprimido o vocábulo inicial “Só”. Mas esta supressão explica-se pela introdução de um n.º 2, respeitante à “propriedade de animais”; não foi outra a ratio legis daquela modificação.

⁵⁶ FERRER-CORREIA, ob. cit., págs. 24-25.

⁵⁷ FERRER-CORREIA, ob. cit., pág. 25.

singulares da organização, todavia afetem esta no seu funcionamento ou no seu crédito público”⁵⁸.

Este interesse, para efeitos da fundamentação técnico-jurídica da obrigação de reparar o dano causado, só se manifestaria perante situações que ultrapassem o campo da concorrência económica. Ferrer-Correia apresenta então, a título de demonstração, duas hipóteses. Na primeira, um grupo de indivíduos, v.g. por razões políticas, executa um plano tendente a bloquear a distribuição e venda de determinado jornal. Na segunda, um profissional da imprensa ou televisão, ao abrigo desse seu estatuto, promove a publicação ou difusão de uma pretensa apreciação crítica objetiva de alguns produtos ou serviços de uma empresa, sendo que a análise é tendenciosa e não serve outro escopo senão o de denegrir a empresa visada⁵⁹.

Nestas situações não pode falar-se de lesão de qualquer dos direitos que incidem sobre as coisas pertencentes ao património do estabelecimento, pelo que o único direito que poderia considerar-se atingido “é exatamente o direito sobre o estabelecimento *como unidade*, como organização de bens e de serviços colimando a produção de um resultado económico – como *res incorporalis* de tipo especial. Direito cuja natureza absoluta não sofre dúvida e cuja qualificação como *dominium* nos parece a mais ajustada (...)”⁶⁰.

2. Indicação de sequência.

Que é indispensável encontrar um processo técnico- jurídico para proteção do estabelecimento (como coisa unitária) em situações daquele tipo é algo que não sofre contestação. Discutível é, contudo, se este direito deve ser concebido como um direito de propriedade. Convirá, para tomar posição, conhecer a evolução verificada na jurisprudência e doutrina alemãs, invocadas pelo ilustre mestre no final da exposição sobre este ponto⁶¹.

3. O direito à empresa.

Também aí se veio a mostrar existir premente necessidade, no domínio empresarial, de encontrar um processo para possibilitar a indemnização de certos prejuízos causados à empresa ou estabelecimento que, de outra forma, seriam tratados como danos patrimoniais puros.

Recorde-se apenas que o § 823 do BGB (equivalente ao nosso art. 483, n.º 1), na sua alínea I, após indicar os bens jurídicos protegidos (vida, corpo, saúde e liberdade), refere em seguida a “propriedade ou um outro direito”. A evolução processou-se através do aproveitamento deste conceito de “um outro direito” (que o legislador parece ter concebido como similar ao direito

⁵⁸ FERRER-CORREIA, ob, cit., pág. 29.

⁵⁹ FERRER-CORREIA, ob, cit., pág. 30.

⁶⁰ Idem, ibidem. GRAVATO MORAIS, Alienação e Oneração ..., cit., chama entretanto a atenção para que este direito “tem características próprias, o que o diferencia de outros direitos do mesmo género”, pelo que, no tratamento jurídico, haverá que “...efetuar, por vezes, as necessárias adaptações de regime” (p. 65).

⁶¹ Último parágrafo do n.º 14, pág. 31.

de propriedade), visto a integração direta no direito de propriedade ser impossibilitada pelos dados do direito positivo, preso à noção tradicional de *res unita corporalis*.

O primeiro, historicamente, e ainda hoje importante grupo de casos, é o de *unberechtigter Schutzrechtverwarnung*. Alguém exige de outrem a suspensão de uma determinada atividade empresarial porque, segundo afirma, violaria um direito de proteção industrial (patente, modelo de utilidade ou industrial, desenho) pertencente ao que se opõe a esta utilização; no caso de se vir a mostrar posteriormente que não existia na verdade este direito de proteção, aquele que negou a legitimidade da utilização deve responder pelo dano patrimonial causado também então se fez a sua afirmação incorreta sem uma cuidadosa verificação e por isso agiu com mera negligência.

Um outro grupo é o de juízos de valor depreciativos (*herabsetzende*) que prejudicam a atividade negocial, a que são de equiparar aqueles em que alguém apela a um boicote, portanto tenta exortar outras pessoas a não entrarem em relações de negócios com determinada empresa ou a suspender essas relações, na medida em que com a exortação ao boicote não prossiga a finalidade de criar uma vantagem concorrencial (nessa medida entram em jogo as disposições do direito da concorrência), mas seja orientada para a realização de interesses políticos, religiosos, ou outros interesses importantes para a coletividade.

Importantes na prática são ainda as situações em que o réu divulgou acerca do lesado factos prejudiciais para a sua atividade negocial, que todavia são corretos⁶², mas cuja divulgação na forma escolhida dá origem a uma obrigação de indemnização porque, como o réu culposamente ignorou, tinha de conduzir e conduziu efetivamente a consequências económicas muito gravosas para o autor, embora não se estivesse em face de um correspondente interesse urgente do réu ou tivesse sido possível um modo de proceder mais cauteloso⁶³.

Um quinto tipo de casos é o de impedimento físico da atividade empresarial, como o decidido pelo OLG de Düsseldorf (*N/W* 1961, 1925): no passeio, em frente a uma loja, um vizinho mantivera repetidamente e por longo período materiais de construção, dando aso a que os transeuntes escolhessem outro caminho, prejudicando a publicidade da montra; o tribunal considerou existir uma perturbação ilícita, na medida em que ela iria para além do que, de acordo com as circunstâncias e os usos, seria de aceitar.

⁶² O §824 do BGB apenas oferece proteção face a factos não verdadeiros. Neste sentido nos parece dever interpretar-se o art. 484.º do nosso Código, pois o direito civil não pode tratar da mesma forma a verdade e a mentira.

⁶³ Assim decidiu o BGH (decisão de 28.11.1958, in BGHZ 8, 142) num caso em que uma associação económica tinha enviado aos seus membros gratuitamente e sem pedido prévio "listas negras" em que eram indicados como "maus pagadores" todos os membros a respeito dos quais a associação aceitara essa conclusão com base numa análise muito superficial, concretamente acerca dos quais outros associados tinham comunicado que se teriam atrasado nos pagamentos, não tendo a associação averiguado sobre as circunstâncias mais precisas da mora, em especial sobre a extensão, motivos, duração e frequência. O autor exigiu uma indemnização porque tinha recusado ao credor o pagamento de uma importância diminuta e por bons motivos, sendo, não obstante esquematicamente apodado de "pagador lento". O ataque teria prejudicado o "livre desenvolvimento da empresa" protegido pelo § 823/I (como "sonstiges Recht") e, de acordo com as circunstâncias do caso, não teria sido nem "necessário" nem levado a efeito com o "maior cuidado possível dos interesses legítimos do atingido".

Quando surgiram os primeiros casos de "advertência ilegítima" acerca do uso de um direito de proteção, os tribunais não tiveram dúvidas de que era imperioso conceder uma indemnização pelo dano puramente patrimonial causado negligentemente; o único problema era o da justificação técnico-jurídica.

Foi então reconhecido como *sonstiges Recht*, no sentido do § 823/I do BGB, o chamado "direito à empresa instituída e exercida" (*Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*), atualmente com frequência designado de forma abreviada por "direito à empresa" (*Recht am Unternehmen*).

No entanto, e apesar de ser indubitável para todos que uma empresa, em determinadas circunstâncias, tem de poder exigir proteção contra o comportamento ilícito dos seus concorrentes, críticos ou outros terceiros, o exposto enquadramento técnico-jurídico - isto é, a conceitualização do direito à empresa como um direito absoluto de domínio similar à propriedade - nunca foi aceite pacificamente pela doutrina⁶⁴.

4. Inconvenientes da equiparação do direito à empresa ao direito de propriedade.

O direito à empresa implica no fundo a criação de uma nova cláusula geral para proteção da atividade económica. Ora a violação do direito de propriedade faz presumir a existência de ilicitude. Concebido este direito à semelhança da propriedade, existe o risco de produzir um desequilíbrio jurídico, sobrevalorizando a vertente (da proteção) da atuação económica face a outros valores, interesses e até princípios.

É hoje em dia pacífico que a ilicitude tem sempre de ser positivamente demonstrada, não bastando para a indiciar a presença do *Tatbestand* da violação da empresa. Uma visão retrospectiva poderá, contudo, tornar as coisas mais claras.

Num caso em que um jornal religioso atacou frontalmente a revista feminina *Constanze* - a revista seria uma "flor de um pântano de duvidosos produtos culturais que faria os seus negócios com a quebra da decência e da dignidade, especulando de modo inconsciente com os instintos primitivos de um povo cansado" -, o Tribunal Federal decidiu que o "ataque direto ao direito protegido da autora a um desenvolvimento livre de perturbações do seu círculo de atividade empresarial" só seria justificado se o lesante tivesse agido em defesa de interesses legítimos e escolhido o "menor mal jurídico", usando o meio mais "cuidadoso" e não ultrapassando com a sua crítica a "medida objetivamente imposta"; isso não teria acontecido aqui, pois o réu ter-se-ia movido fora do âmbito de uma crítica objetiva⁶⁵.

⁶⁴ KÖTZ / WAGNER, *Deliktsrecht*, Neunte Auflage, Luchterhand, 2001, págs. 33-36.

⁶⁵ BGHZ 3, 270 (decisão de 26.10.1951). Com fundamentação semelhante, a anteriormente referida sentença respeitante ao envio de listas negras de maus pagadores; também assim uma sentença do Tribunal Superior do Land de Dusseldórfia de 3.3.1953, MDR 1953, 356, em que uma revista foi proibida de desaconselhar ao público de uma forma geral a frequência de um cinema em que fora passado um filme apontado como perigoso do ponto de vista católico.

Em Acórdão de 10 de maio de 1957, o mesmo tribunal aponta todo o boicote negocial como um ataque ilícito ao direito à empresa, o que "só em casos excepcionais, dentro de estreitos limites", será justificado. Mesmo quando a exortação ao boicote esteja ao serviço de valores éticos e sociais, aquando da verificação da ilicitude ter-se-ia de partir "do princípio do maior cuidado possível com os direitos alheios e de se evitar toda a causação de danos não incondicionalmente necessários para a defesa dos interesses"⁶⁶. Também com base num ataque injustificado à empresa foi considerado ter atuado ilicitamente um instituto televisivo que numa emissão de modas tinha criticado o casaco fabricado pela autora como fora de moda e "não usável", indicando incorretamente como emendada a pele de que estava provido; decerto que à televisão era lícito criticar, mas só com objetividade⁶⁷.

Ora deve notar-se que, impostadas as questões desta forma, se concede à proteção das posições económicas um nível superior ao do direito à liberdade de expressão, residindo aquele privilégio dos interesses económicos no facto de toda a manifestação crítica capaz de prejudicar o "livre desenvolvimento comercial" (*gewerblich*) ser em princípio considerada ilícita e a sua conformidade ao direito só se poder justificar *a posteriori*, quando a crítica, na perspetiva do órgão judicial, não abandonou o terreno da "objetividade" e foi feita de um modo tão atenuado e cuidadoso quanto possível.

A falta de equilíbrio desta jurisprudência torna-se especialmente nítida quando se pense em casos em que é exercida crítica sobre a qualidade e utilidade de bens de consumo; enquanto ao produtor é lícito utilizar publicidade sugestiva, que, em larga medida, visa fazer o consumidor acreditar em diferenças adicionais (psíquicas) face a produtos essencialmente iguais, ao invés, a crítica robusta e franca à imagem do produto criada desta maneira só há-de ser admissível quando e na medida em que corresponde à imposição estrita da objetividade e ao princípio do maior cuidado (*Schonung*) possível⁶⁸.

Entretanto verificou-se de facto uma notória mudança de orientação, tendo o impulso sido dado por diversas decisões do Tribunal Constitucional Federal, nas quais foi clarificado que o direito fundamental à livre manifestação da opinião é "pura e simplesmente constitutivo para uma ordem estadual de liberdade democrática" e que os interesses económicos dos indivíduos têm em princípio de recuar para segundo plano quando se trata de que, numa questão importante para a sociedade, se forme uma opinião pública⁶⁹.

Importante neste plano foi o caso *Lüth*, julgado por aquele tribunal constitucional no ano de 1958. *Lüth* tinha-se manifestado numa carta aberta contra o aparecimento público de Veit Harlan, proeminente realizador de filmes nacional-socialistas, e exortado ao boicote de um filme que estava na altura a ser rodado com a colaboração de Harlan. Face ao correspondente pedido do produtor, *Lüth* foi proibido pelo tribunal do Land de Hamburgo de repetir a exortação ao boicote; o recurso daquele para o tribunal constitucional obteve, porém, êxito, tendo-se escrito na respetiva sentença:

⁶⁶ BGHZ 24, 200, 206.

⁶⁷ BGH NJW 1963, 484, 485. Cfr. Friedrich KÜBLER, "Öffentliche Kritik an gewerblichen Erzeugnissen und beruflichen Leistungen", AcP 172 (1972), págs. 177 s., 198, considerando a solução correta quanto aos resultados.

⁶⁸ KÖTZ / WAGNER, Deliktsrecht, cit., pág. 274.

⁶⁹ KÖTZ / WAGNER, ob. e lug. cits.

"Quando está em causa que se forme uma opinião pública numa questão importante para o bem comum, os interesses privados, a saber, os interesses económicos dos indivíduos, têm em princípio de passar para 2º plano. Estes interesses não ficam por isso sem proteção, pois o valor do direito fundamental patenteia-se também justamente nisso que cada um dele pode fazer uso. Quem se sente lesado através de uma declaração pública de outrem pode igualmente replicar perante a opinião pública. Somente na confrontação das ideias sustentadas com igual liberdade se realiza a opinião pública, formando a sua opinião pessoal os particulares membros da sociedade a quem aquelas se dirigem"⁷⁰.

Foi abandonada a partir daqui (também nas decisões do Tribunal Federal) a ideia de que a crítica desfavorável para uma empresa é em princípio ilícita e só excecionalmente pode ser admitida. E também não por muito tempo se manteve o princípio de que uma crítica só é admissível quando é levada a cabo "com a maior moderação possível" e não ultrapasse a "justa medida"⁷¹.

Antes, em cada caso concreto, tem agora de se comprovar positivamente, com base numa ponderação de bens e de interesses, que o comportamento crítico ultrapassou os limites juridicamente admissíveis, defendendo-se assim (contrariamente à corrente jurisprudencial dominante até então) uma presunção da legitimidade do "livre discurso" (*freien Rede*), na medida em que com ele se presta um contributo para a discussão de questões importantes para a comunidade⁷².

Leading case constitui o chamado caso do "fogo do inferno" (*Höllengeuer*)⁷³. Também aqui, como no caso "Constanze", se trata de uma disputa entre órgãos de imprensa. A revista "Stern", num artigo intitulado "arde realmente um fogo no inferno?", tinha-se ocupado criticamente com problemas de teologia católica e da prática da Igreja e queixava-se de um semanário católico que a tinha severamente censurado por "provocação religiosa", "lance disparatado" (*Dummenfang*) e "desconhecimento ou falsificação leviana de factos".

O Tribunal Federal rejeitou a Ação da Stern, aduzindo:

"O senado, em concordância com o Tribunal Constitucional Federal, parte da presunção a favor da legitimidade do «livre discurso» quando se trata de um contributo para uma luta de opinião espiritual numa questão que toca essencialmente o público através de alguém legitimado para tal. Para garantir a livre discussão de questões importantes para a comunidade pode impor-se, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, deixar em segundo plano a proteção de bens jurídicos privados. Justamente em trocas de opiniões a respeito de assuntos que estão para

⁷⁰ BVerfGE 7, 198, 219. Cfr. Jorge FIGUEIREDO DIAS, "Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Portuguesa", RLJ 115, 100, 133 e 170 s., e NUNO DE SOUSA, A Liberdade de Imprensa, Coimbra, 1984, cap. V (255 s.).

⁷¹ JZ 1984, 940, 941 s., com anot. de HUBMANN = GRUR 1984, 684, 685 s., com anot. de SCHULTZE, e BGH NJW 1970, 187, 189 s., com anot. de WENZEL.

⁷² BGHZ 36, 77, e BGH NJW 1965, 295.

⁷³ BGHZ 45, 296 (decisão de 21 de junho de 1966).

além da referência a pessoas particulares e abordam uma temática de grande transcendência para a vida comunitária, o sentido do art. 5 da Constituição exige que também no modo de manifestação da opinião seja concedida pelo direito uma grande liberdade e que se aja com reserva na afirmação de uma intenção difamatória ou de uma perturbação ilícita dos interesses da empresa (...). Se a Lei Fundamental atribui à garantia jurídica da liberdade de manifestação da opinião uma importância transcendente, então subjaz-lhe o pensamento de que, numa democracia livre, o cidadão adulto chamado a um juízo próprio na luta de opiniões, é ele próprio capaz de reconhecer o que é de reter de uma crítica que renuncia a uma fundamentação e ataca a opinião contrária de um modo irónico- malicioso ou invetivo-afrontoso (schimpfend-polternder Art)⁷⁴.

E questões importantes para a coletividade não são somente discutidas aí onde se trata de problemas de interesse político, artístico ou teológico geral; é também importante para a coletividade quando se discute publicamente a composição ou eficácia de produtos medicinais, homeopáticos ou cosméticos, ou quando se alude a situações anómalas no sector do crédito, na indústria de viagens ou no ensino à distância. Reconhece-se aí que é lícito neste contexto chamar as coisas pelos seus nomes e, como exemplos para as apontadas situações anómalas, colocar sob a lupa crítica produtos particulares, com indicação do seu produtor⁷⁵.

Demonstrativa desta orientação é a sentença do Tribunal Constitucional Federal de 20.4.1982, a qual, com base no art. 5º (I 2) da Constituição Federal, anulou uma sentença do tribunal estadual de Zweibrücken⁷⁶ que dera razão a uma associação de empresários do sector da concessão de crédito, negando à editora da revista "*Das Neue Blatt*" a utilização em futuros artigos sobre problemas de concessão de crédito da expressão "Kredithaie" (nós falaríamos talvez em "voragem de tubarão no sector da concessão de crédito")⁷⁷.

O Tribunal Federal considerou até mesmo tão relevante o interesse público na obtenção de informações acerca de acontecimentos internos na redação da "*Bild-Zeitung*" que foi considerada como lícita a publicação de um livro, apesar de as informações terem sido obtidas de forma ilegal, a saber, tendo-se o seu autor introduzido na redação como colaborador, utilizando um nome falso (caso *Wallraff*)⁷⁸.

Por outro lado, existem obviamente limites para a crítica lesiva para a empresa, mesmo quando ela concerne um tema importante para a coletividade⁷⁹.

⁷⁴ Loc. cit., 308.

⁷⁵ KÖTZ / WAGNER, ob. cit., pág. 275, com remissão para BGH 14.1.1969, MDR 1969, 298, e 20.6.1969, NJW 1970, 187.

⁷⁶ Publicada na NJW 1981, 129.

⁷⁷ BVerfGE 60, 234.

⁷⁸ BGHZ 80, 25; criticamente, BETTERMANN, "Publikationsfreiheit für erschlichene Information?", NJW 1981, 1065.

⁷⁹ BGH 29.1.1985, NJW 1985, 1620 e o comentário, concordante quanto ao resultado mas não quanto à fundamentação, de Friedhelm HUFEN, "Meinungsfreiheit und Boykottaufruf", JuS 1986, 192-194 (um jornal diário publicara, na forma de um anúncio, o apelo de uma redatora ao boicote de rendas contra uma sociedade <autora> administradora de mais de 30 000 habitações, o qual constituiria expressão do protesto e oposição contra a política habitacional da indicada sociedade, descrita como de "destruição da cidade". A autora pediu a condenação dos réus à omissão do apelo, bem como à publicação de uma comunicação em que se aconselhassem os leitores e inquilinos da autora a não seguirem a exortação ao boicote e a pagarem pontualmente as rendas. O tribunal de comarca

A fronteira não deve ser traçada aí onde as declarações críticas, de acordo com a opinião do juiz, dos que "pensam justa e equitativamente" ou da maioria do público, são não objetivas, inconvenientes, sem taca, com uma nota sentimental, perigosas ou destrutivas. Mas antes só é lícito impedir ou sancionar juridicamente a crítica prejudicial para a empresa aí onde ela já não presta qualquer contributo reconhecível para que o público possa formar em liberdade uma opinião informada acerca de questões de interesse geral. Um contributo para tal não é prestado através de uma "crítica destrutiva odiosa ou de má fé", mas por outro lado, àquele que é empurrado por um ataque duro e polémico para uma situação defensiva tem de ser permitida uma defesa igualmente polémica, até mesmo um "contragolpe muito drástico", sem que a justiça se deva arrogar um papel de juiz arbitral (assim, no caso do "fogo do inferno", cit. *supra*)⁸⁰.

Neste contexto reveste-se igualmente de grande importância o grupo de casos de "testes comparados de mercadorias", em que se coloca igualmente o problema de determinar os limites da admissibilidade da crítica prejudicial para a empresa com base numa ponderação entre a atividade empresarial protegida e a igualmente protegida liberdade de expressão, que aqui visa o esclarecimento do consumidor.

Num caso decidido pelo Tribunal Federal em 9 de dezembro de 1975, a ré, fundação de testes de mercadorias, submettera a um teste comparativo os fechos de segurança dos esquis da autora e os de outros produtores. Os da autora haviam fechado mal, o que a autora atribuiu a um processo inadequado de teste, exigindo da ré que omitisse a posterior divulgação dos resultados do mesmo, no que a si se referia, e fizesse uma declaração no sentido de que, nessa medida, não mantinha os seus juízos de valor.

O tribunal não deixou de ponderar que o público atribui às publicações da fundação de testes uma confiança mais forte do que a um artigo de jornal que se ocupa de forma crítica com questões teológicas ou políticas. Foi no entanto de opinião de que os limites admissíveis da crítica prejudicial à empresa só são ultrapassados quando as investigações do teste não foram levadas a cabo de forma neutral, especializada e objetivamente, isto é, não foram executados no esforço de alcançar correção material⁸¹.

O considerável espaço de manobra que fica à disposição do instituto de testes só é abandonado quando se chega a juízos conscientemente errados, conscientes distorções ou dados incorretos, ou quando as mercadorias postas em comparação foram com consciência escolhidas unilateralmente e além disso quando o tipo de procedimento aquando da verificação e as conclusões daí tiradas não aparecem como defensáveis.

rejeitou a Ação, com fundamento na liberdade de opinião da autora do apelo; o tribunal de recurso deu provimento ao pedido de omissão, não tendo tido êxito o recurso de revisão para o BGH. Não foram tidos em conta quaisquer aspetos específicos do direito de imprensa).

⁸⁰ KÖTZ / WAGNER, ob. cit., págs. 275-276. Cfr. os n.ºs 2 e 3 do art. 186.º do Código Penal.

⁸¹ BGHZ 65, 325= NJW 1976, 620, com anot. de TILMANN (624) = JZ 1976, 446, com anot. de DEUTSCH (451). Para a apreciação de um caso próximo (num guia de hotéis, o do autor havia sido baixado do escalão de "hotel de luxo" para o de "grande conforto"), v. a decisão do tribunal do Land de Frankfurt, de 24.1.1974, DB 1974, 576.

5. *Apreciação crítica. O “direito à empresa” como um direito de personalidade económica.*

Os problemas que a concretização do direito à empresa (ou ao estabelecimento) coloca são afinal similares aos levantados pelo direito geral de personalidade. Em ambas as hipóteses estamos perante “direitos-quadro” cuja violação não indicia a ilicitude, antes tendo esta de ser averiguada em concreto através de uma ponderação de interesses e de valores.

Por outro lado, o estabelecimento não merece proteção apenas quando já está instituído, fornecendo a “corporização material” que constituiria a base segura para a aceitação de um direito subjetivo⁸². O empresário potencial merece igualmente proteção. Neste enquadramento, parece preferível, com Wolfgang Fikentscher⁸³, perspetivar este direito subjetivo como um “direito de personalidade económica”, ou seja, uma projeção do direito geral de personalidade no campo de atuação da vida económica⁸⁴.

Neste sentido se inclina a jurisprudência suíça, a qual, com base no art. 28 do respetivo Código Civil, protege também o “lado económico do direito de personalidade”. Impedimentos de fornecimento, boicotes e medidas semelhantes da luta económica, quando não admissíveis, são aí qualificados como violação da liberdade pessoal do que exerce a empresa à participação sem perturbações na concorrência económica⁸⁵.

6. *Âmbito de proteção; requisitos.*

Estamos perante uma figura de pura criação pretoriana. Na doutrina, as posições têm sido predominantemente de forte reserva senão mesmo de franca oposição, neste último plano se destacando Larenz / Canaris, que pretendem o abandono total desta construção⁸⁶.

Procuraremos em primeiro lugar aprofundar um pouco a razão de ser desta resistência, o que nos permitirá compreender melhor as fortes limitações que a jurisprudência vem colocando para a atribuição de uma pretensão indemnizatória a este título.

Em primeiro lugar, em complemento à exposição do n.º 3 *supra*, notar-se-á que o conceito do “direito” nos aparece como demasiado estático⁸⁷ para abranger a compreensão dessa realidade que é a empresa ou estabelecimento.

⁸² Responsabilidade por Informações, cit., pág. 211.

⁸³ Schuldrecht, Neunte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1997, págs. 753-755. V. também Karsten SCHMIDT, “Integritätsschutz von Unternehmen nach § 823 BGB – Zum «Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb»”, Juristische Schulung, 1983, págs. 985 s., II 4.

⁸⁴ Cfr. VAZ SERRA, Requisitos, cit., págs. 122-125.

⁸⁵ V. por ex. BGE 82 II, 292 s. Sobre o direito suíço, FRANK, “Der Schutz der Persönlichkeit in der Rechtsprechung der Schweiz”, AcP 172 (1972), 56 s.; HAUSHERR, “Verstärker Persönlichkeitsschutz: Der Kampf ums Recht in verschiedenen Fronten”, Festgabe Deschenaux, 1977, 321 s.; LÜCHINGER, “Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit und die Massenmedien”, SJZ 70 (1974), 321 s.

⁸⁶ Ob. cit., § 81, IV. Sobre o enquadramento dogmático proposto por estes autores, com distinção dos diferentes grupos de casos, v. § 81 III.

⁸⁷ Dieter MEDICUS, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 11. Aufl., Beck, München, 2003, § 141 III 1. b.

Pois o essencial não é que a empresa exista, mas antes que funcione de uma forma dinâmica, realizando negócios e produzindo lucros. Numa economia de concorrência, nem uma coisa nem a outra podem ser juridicamente garantidas, isto é, a empresa não pode estar protegida do mesmo modo que a propriedade. Sendo isto assim e estando abertamente em jogo um alargamento da proteção contra danos patrimoniais primários e contra perturbações da liberdade de atuação económica⁸⁸, então torna-se evidente que só pode estar em causa uma proteção contra determinados tipos de perturbações ou ataques.

Em consonância, o modo mais correto de proteger a empresa/empresário contra essas perturbações será através de disposições legais visando a proteção dos interesses que aqui estão em jogo (segunda modalidade da ilicitude), em aditamento à legislação do direito da concorrência e outras normas de direito civil (desde logo, proteção da propriedade), aspeto em que a doutrina tende a convergir; tutela naturalmente completada pela sanção daquele “mínimo ético” garantido pela atuação do abuso do direito ou pelas normas que punem com uma obrigação de indemnizar a causação de danos contra os bons costumes (ou usos comerciais)⁸⁹.

Porque essa proteção através de disposições especiais é lacunosa, tem de se reconhecer⁹⁰ a necessidade de um complemento por outras vias⁹¹. Mas sem esquecer que a aceitação de um “direito à empresa” (ou “direito ao estabelecimento”) traz consigo o perigo real de uma responsabilidade em extremo ilimitada com referência a hipóteses de causação de danos com negligência simples.

Basta pensar na situação banal de danos corporais a um trabalhador especializado ou a um administrador de uma empresa (v.g. num acidente de trânsito), cuja impossibilidade de trabalho provoca prejuízos ao empregador⁹².

Neste contexto se compreendem as restrições que a jurisprudência vem colocando, as quais se nos antolham inteiramente justificadas.

Em primeiro lugar, o “carácter imediato” (*Unmittelbarkeit*) do “ataque”, que os tribunais procuram concretizar verificando se se está perante uma agressão “dirigida à empresa” (*Betriebsbezogenheit*)⁹³.

Tem de se ter em conta a direção da vontade do agente para avaliar se a atuação é dirigida contra a empresa que se queixa de prejuízos. No caso de ataques fisicamente dirigidos a partir

⁸⁸ LARENZ / CANARIS, ob. cit., pág. 539.

⁸⁹ V. ESSER / WEYERS, *Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 2*, 8. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2000, §§ 54 I 1. b) e 55 I (págs. 145 e 165-166). Segundo KÜBLER (AcP 172, 198), no caso de crítica pública a produtos ou a prestações profissionais, o que está em causa não é propriamente uma ponderação de bens e interesses, mas saber "... se é observado aquele mínimo de Fairness que o § 826 exige pura e simplesmente para a convivência humana ...". Esta seria, pois, o correto lugar dogmático para a discussão do problema (a que entre nós corresponderia o instituto do abuso do direito).

⁹⁰ Neste ponto em respeitosa discordância com LARENZ / CANARIS, ob. e lug. citis.

⁹¹ FIKENTSCHER, ob. cit., pág. 754.

⁹² MEDICUS, ob. cit., págs. 389-390, fazendo igualmente referência à hipótese de corte de cabos de energia.

⁹³ LARENZ / CANARIS, pág. 540.

de fora só um número muito limitado obedecerá a este requisito⁹⁴, já que o “relacionar-se com a empresa” não resulta em primeira linha dos efeitos concretos da ação, antes da “direção do ataque” (*Angriffsrichtung*) do ato causador de danos.

Por esta via as lesões causadas em “partes separáveis” da empresa (*ablösbarer Teile*), v.g. em máquinas, ficam excluídas do âmbito de proteção deste direito. E o mesmo se diga no caso de lesões sofridas por um terceiro, como no caso de atropelamento de um empregado.

Este requisito falha por exemplo no caso do corte de um cabo de energia que provoca a suspensão da laboração de uma empresa, visto que (e na medida em que) o ato lesivo não foi intencionalmente dirigido contra aquela empresa e não basta que ela, em concreto, tenha sido atingida⁹⁵.

Em segundo lugar, com respeito à relação com outros possíveis fundamentos de uma pretensão indemnizatória, desenvolveu o Tribunal Federal o princípio da subsidiariedade⁹⁶, de acordo com o qual o direito à empresa só pode intervir como um *Auffangtatbestand* (expressão que poderemos aproximadamente traduzir por “Tatbestand de acolhimento”), que serve unicamente para o preenchimento de lacunas, em princípio atrás de qualquer pretensão concorrente (desde logo o direito de propriedade sobre coisas pertencentes ao estabelecimento, v.g. o próprio edifício), a não ser que o ataque tenha sido doloso.

No domínio da concorrência, uma indemnização só será possível com base nas normas especiais deste sector do direito.

7. Direito à empresa: o caso *sub iudice*.

Também no direito português se faz sentir a necessidade de proteção da empresa ou estabelecimento comercial, globalmente considerados (como coisa unitária) contra ataques vindos do exterior.

Todavia, por razões que se prendem fundamentalmente com o carácter da proteção a conceder no âmbito do direito das obrigações, não nos parece nada conveniente falar aqui em “direito de propriedade”, mas antes em “direito à empresa” (ou estabelecimento), entendido este não à imagem e semelhança do direito de propriedade, mas antes como uma vertente do direito geral de personalidade, concretizado na atividade económica de criação e exploração de uma empresa.

A diferença entre o direito de propriedade, *tout court*, e o direito à empresa é que ali estamos perante um clássico direito absoluto ao passo que aqui estamos perante um “direito-quadro”.

⁹⁴ Michael KITTNER, *Schuldrecht, Rechtliche Grundlagen – Wirtschaftliche Zusammenhänge*, 2. Auflage, Verlag Vahlen, München, 2002, pág. 396.

⁹⁵ LARENZ / CANARIS, pág. 541; Hk-BGB/ STAUDINGER, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002, § 823, número lateral 122.

⁹⁶ BGHZ 36, págs. 252-256; 55, 153-158; 105, 346-350.

Como nos ensina Wolfgang Fikentscher, “eles distinguem-se através disso que, no caso de direitos absolutos a intervenção (*Eingriff*) indicia a ilicitude (...), o que não acontece nos direitos-quadro”⁹⁷.

Ora é atualmente pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que a ilicitude tem sempre de ser positivamente demonstrada no caso concreto, o que exige a elaboração de “normas de conduta” adaptadas ao sector da vida económica.

A longa elaboração dogmática com que se depara no direito germânico – a primeira decisão em que foi reconhecido o “direito à empresa instituída e exercida” data de 1904 – e as diretrizes fundamentais que da mesma se retiram podem decerto servir- nos de guia.

Pois bem. Neste contexto, *quid iuris* quanto ao caso em análise?

É patente que a pretensão indemnizatória das Autoras não pode fazer vencimento por falta de um requisito essencial: o carácter direto ou imediato (*Betriebsbezogen*; dirigido à empresa) do “ataque”.

Ao agir, a Ré tinha exclusivamente em vista a prossecução de uma finalidade de interesse público, de acordo aliás com os seus Estatutos, inicialmente aprovados pelo Decreto-Lei n.º 418-B/98, de 31 de dezembro.

Carece, pois, de fundamento, pelo prisma do direito à empresa, o pedido de indemnização apresentado pelas Autoras.

Na jurisprudência alemã encontramos de resto um caso que apresenta fortes analogias com o dos autos, o *Elbe-Seitenkanal*.⁹⁸

Por culpa de um funcionário da República Federal, verificou-se a rotura de um dique, num canal em uma zona lateral ao rio Elba, do que resultou ficar esse canal transitoriamente não navegável (pelo esvaziamento da água), com prejuízo para o proprietário de um armazém de depósito de mercadorias a que só podia haver acesso através daquele canal.

A fundamentação do pedido indemnizatório num ataque à “empresa instituída e exercida” foi rejeitada pelo Tribunal Federal, que considerou o encerramento do acesso pela via aquática “uma consequência geral, mais ou menos casual, do acontecimento danoso”⁹⁹.

No caso dos autos acontece até que são cerca de 1200 os estabelecimentos que ocupam as áreas abrangidas pelas obras.

⁹⁷ Ob. cit., pág. 754.

⁹⁸ BGHZ 86, págs. 152 s. (=Juristenzeitung 1983, 857 s., com anotação de Peter-Christian MÜLLER- GRAFF nas págs. 860 s.).

⁹⁹ V. MÜLLER-GRAFF, ob. cit., III (pág. 864), concordando com a solução embora colocando reservas à fundamentação.

E nada indica que as Autoras tenham sofrido “prejuízos anormais e especiais”, para utilizar a terminologia do art. 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967.

A inexistência de um “ataque direto” “dirigido (pela Ré) às empresas” ou estabelecimentos das Autoras aparece no caso dos autos como paradigmático.

Uma última nota a respeito desta nota da “imediatez” ou carácter direto da agressão.

Ela tem sido criticada por alguma doutrina, não porque não seja necessário um resguardo adequado num domínio em que a posição do Código Civil é de rejeição em princípio de toda e qualquer indemnização, por se tratar à partida de danos pura ou meramente patrimoniais, só indemnizáveis, como regra, se existir uma disposição legal de proteção destinada a proteger estes interesses ou uma atuação com abuso do direito, pelo que a sua proteção fora desse quadro representa um desenvolvimento *praeter legem* do direito.

A crítica baseia-se antes em que a invocação deste argumento é muitas vezes um “biombo” que impede ou “vela” a exposição aberta e franca das ponderações de interesses e valores que estão por detrás das decisões dos tribunais¹⁰⁰.

Mas mesmo autores que assim o entendem não deixam de afirmar a legitimidade do requisito do “carácter imediato” no grupo de casos dos “ataques físicos”, como aquele de que se cura na situação em análise¹⁰¹.

Em suma, não parece ter existido a violação de um direito subjetivo, antes a não verificação de “meras expectativas”, não indemnizáveis¹⁰².

Entre as restrições gerais ao direito de propriedade e à liberdade de atuação económica deve incluir-se o ter de suportar incómodos e até uma diminuição do volume de negócios devido à realização de obras públicas importantes, como as implicadas pelo processo de requalificação da baixa portuense em relação com a preparação do evento “Porto, Capital Europeia da Cultura – 2001”.

V. Considerações finais

A decisão do Tribunal Judicial da Comarca do Porto, confirmada pelas instâncias superiores, entendeu ter ocorrido “uma grave e relevante restrição ou perturbação das condições objetivas de fruição e exploração (...), com reflexos em termos de perda de proventos” e com isso uma “(...) violação do direito subjetivo absoluto de propriedade ou de domínio das aqui AA. sobre os seus respetivos estabelecimentos comerciais”¹⁰³.

¹⁰⁰ Neste sentido, MÜLLER-GRAFF, ob. e lug. cit. na nota anterior.

¹⁰¹ Expressamente neste sentido, FIKENTSCHER, pág. 755, in fine.

¹⁰² Cfr. Ac. do STA, 1.ª Secção, de 12 de janeiro de 1999 (Recurso n.º 42.175), AD n.º 458, págs. 159 s., último ponto do sumário e pág. 171, com ind. bibliogr.

¹⁰³ Ponto 3.3., pág. 23 da versão impressa, respetivamente 1.º e 3.º §§.

Obviamente que, depois dos desenvolvimentos anteriores, não podemos aprovar esta aparentemente irrestrita equiparação do direito à empresa, ou ao estabelecimento, ao direito de propriedade.

Como quer que seja, não foi posto em causa o conceito de ilicitude plasmado no Código Civil português. Aliás, em data recente, o Supremo Tribunal de Justiça ocupou-se, documentadamente, da questão dos “danos patrimoniais puros”.¹⁰⁴

Sumário, bibliografia e jurisprudência

Sumário

I - Colocação do problema: exclusão de princípio da proteção delitual Casuística

II - Integração no sistema. Instrumentos técnicos

III - Uma questão pouco estudada: a vertente delitual do abuso do direito (caso em análise: ACP v. Casa da Música / Porto 2001 S.A.)

Bibliografia principal

Adelaide MENEZES LEITÃO, *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 246-301.

BUSSANI and PALMER (Editors), *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003.

Rui Paulo COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2015, pp. 1056-1088.

Manuel A. CARNEIRO DA FRADA, “Danos Económicos Puros, Ilustração de uma Proble-mática”, em coautoria com Maria João Pestana de Vasconcelos, in *Forjar o Direito*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 157-185.

Mafalda MIRANDA BARBOSA, “Um Caso de Ressarcimento de Danos Puramente Patrimoniais – Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2016”, *RJLB* Ano 3 (2017), pp. 453-486.

Christian LAPOYADE DESCHAMPS, in *Civil Liability for Pure Economic Loss*, edited by Efsthathios K. BANAKAS, Kluwer Law International, London - The Hague - Boston, 1996, pp. 89 s.

¹⁰⁴ Ac. de 8 de setembro de 2016, Processo 1952/13.6TBPVZ.P1.S1 (site da DGSJ).

Jorge SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989, págs. 187 s.

- “Proteção dos Interesses Económicos na Responsabilidade Civil por Dano Ambiental”, in *A Tutela Jurídica do Meio Ambiente: Presente e Futuro*, *Studia Iuridica* – 81, *Colloquia* – 13, Universidade de Coimbra / Coimbra Editora, 2005, págs. 133-156.
- “Danos Puramente Patrimoniais. A propósito do Casso ACP v. Casa da Música / Porto 2001, S.A.”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, n.º 9 (2017), pp. 195-223 = *Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso, O Código Civil 50 anos depois: Balanço e Perspetivas*, Coord. de Agostinho CARDOSO GUEDES / Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA, Almedina, 2017, pp. 457-487.
- “Responsabilidade Delitual. Da Ilícitude”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil Português, Vol. III, Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, 2007, págs. 453-481.
- Portuguese Report”, in *The Limits of Expanding Liability, Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective*, Ed. by J. SPIER, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1998, pp. 173-187 (= “Hipóteses Típicas de Responsabilidade Civil”, *Rev. Jur. Univ. Moderna*, 1998, 1 s).

Jurisprudência

Ac. de 20.10.1994, *CJ*, IV, págs. 125-127.

STJ 08.09.2016, Proc. 1952/13.6TBPVZ.P1.S1.

Vídeos da apresentação



5.
**O Dano Biológico: sua
quantificação na vertente
patrimonial e diferenciação
relativamente ao dano
não patrimonial**

João Bernardo



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O DANO BIOLÓGICO: SUA QUANTIFICAÇÃO NA VERTENTE PATRIMONIAL E DIFERENCIAÇÃO RELATIVAMENTE AO DANO NÃO PATRIMONIAL

João Bernardo*

- A. Introdução.
- B. O regime indemnizatório no Código Civil.
- C. Os caminhos traçados pela jurisprudência.
- D. O Decreto-Lei n.º 352/2007, de 23.10.
- E. A jurisprudência italiana sobre o dano biológico.
- F. A inexistência em Portugal das razões que em Itália levaram à consagração indemnizatória autónoma do dano biológico.
- G. A Portaria n.º 377/2008, de 26.5.
- H. O meu entendimento sobre como proceder na fixação das indemnizações.~
Vídeos da apresentação.

A – INTRODUÇÃO

1. Para a abordagem deste tema entendo seguir os seguintes tópicos:

- O regime indemnizatório no Código Civil;
- Os caminhos traçados pela jurisprudência;
- O Decreto-Lei n.º 352/2007, de 23.10;
- A jurisprudência italiana sobre o dano biológico;
- A inexistência em Portugal das razões que em Itália levaram à consagração indemnizatória autónoma do dano biológico;
- A Portaria n.º 377/2008, de 26.5;
- O meu entendimento sobre como proceder na fixação das indemnizações.

B – O REGIME INDEMNIZATÓRIO NO CÓDIGO CIVIL

2. Como todos sabemos, o Código Civil:

Distingue entre danos patrimoniais e danos não patrimoniais – artigos 483.º, 496.º, 562.º e seguintes;

Recebeu a distinção entre danos emergentes e lucros cessantes - artigo 564.º, n.º 1.

Admitiu o ressarcimento dos danos futuros desde “que sejam previsíveis”, devendo a determinação, se não for logo possível ser remetida para momento ulterior – art.º 564.º, n.º 2.

* Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça.

Admitiu a indemnização, no todo ou em parte, em renda, a requerimento do lesado “atendendo à natureza continuada dos danos”, a qual pode ser alterada, se as circunstâncias sofrerem alteração sensível – artigo 567.º.

3. Relativamente ao *quantum* indemnizatório:

No caso dos danos não patrimoniais determinou a fixação equitativa, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias do artigo 494.º.

Impondo, do mesmo modo, a fixação equitativa, dentro dos limites que o tribunal tiver como provados “se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos” – art. 566.º, n.º3.

C – OS CAMINHOS TRAÇADOS PELA JURISPRUDÊNCIA

4. Não quis o legislador ir mais além, deixando aos tribunais a tarefa de encontrar os montantes adequados a cada caso.

Sentiu, assim, logo a jurisprudência uma carência de regras de apoio, de critérios orientadores, tudo propiciando um intenso subjetivismo inerente ao modo de sentir de cada um que tinha de julgar.

Neste quadro, avançou com modos de proceder que se foram sedimentando.

Assim:

Havia que fixar, de modo independente, o “*quantum*” indemnizatório relativamente aos danos patrimoniais e não patrimoniais, só com a soma dos dois se encontrando a indemnização total. A indemnização relativa aos danos não patrimoniais não devia ser simbólica nem miserabilista; A indemnização pela perda do direito à vida (em sentido estrito) – fixado que foi por Assento que tinha lugar – não devia constituir um teto relativamente a outros montantes em que o lesado ficava vivo.

Deste modo, por exemplo:

Se o lesado perdia o relógio num acidente viação, a indemnização corresponderia ao valor deste, acrescido de juros;

Se perdia efetivamente proventos do seu trabalho, a indemnização corresponderia ao que perdeu, também acrescido de juros.

Daí que viessem a lume muitas decisões do Supremo Tribunal de Justiça, no sentido de que a fixação da indemnização por danos patrimoniais constituía matéria de facto, alheia ao recurso de revista.

5. Contudo, na prática, quanto aos danos corporais, as dúvidas acentuavam-se.

As perícias médicas vinham-se servindo, também no foro civil, da Tabela Nacional de Incapacidades para o Trabalho.

Esta surgiu entre nós com o Decreto n.º 21978, de 10.12.1932 (inspirado na Tabela de Desvalorização francesa de Lucien Mayet) teve sequência com o Decreto n.º 43189, de 23.9.1960 e depois, como o Decreto-Lei n.º 341/93, de 30.9.

A nível de valoração das lesões sofridas, quer no plano temporário, quer no plano definitivo, tudo girava em torno da figura da “incapacidade para o trabalho” e sua graduação em percentagem.

Deste modo, para além das lesões reversíveis, apareciam sinistrados com lesões definitivas a que se atribuía uma percentagem de “IPP”.

Nos acidentes laborais, estava tudo previsto. O sinistrado, apesar de não ver diminuídos os seus proventos laborais, tinha direito à pensão prevista na legislação própria, que poderia, em certos casos, ser objeto de remissão.

6. Mas como proceder no plano civil?

Começava por ser chocante que, em direito privado comum, se lançasse mão duma tabela toda gizada para o caso específico dos acidentes laborais.

Depois, nada prevendo a lei civil, devia a “incapacidade parcial permanente para o trabalho” conduzir a ressarcimento nos casos – que constituíam a esmagadora maioria – em que não tivesse lugar diminuição efetiva de proventos?

Admitindo que sim, este teria sempre lugar quer se tratasse dum “trabalhador” com os seus proventos, quer de pessoa que não os não auferia (por exemplo, uma dona de casa, uma criança, um reformado, uma pessoa já previamente incapacitada em absoluto para o trabalho, um desempregado)?

E como se calculava o respetivo montante indemnizatório, quer relativamente a quem auferia proventos do trabalho, quer relativamente a quem os não auferia, nomeadamente por não trabalhar?

7. Foi, então, ganhando corpo a parcela indemnizatória que na maior parte dos casos se designava por “perda da capacidade laboral” ou até simplesmente “incapacidade para o trabalho”.

Sentia-se, todavia, aqui, ainda mais intensamente, o vazio deixado pelo legislador. Com inerentes apelos ao “olhómetro” dos juízes e seu intenso subjetivismo.

8. Não admira, pois, que a jurisprudência procurasse um critério onde se estribar.

Consistiu ele em encontrar um capital que, de rendimento, normalmente juros, produzisse o que teoricamente deixou de se auferir – tendo em conta os proventos laborais do lesado – e se extinguisse no fim presumível de vida ativa da pessoa visada.

Depois, corrigir-se-ia para mais ou menos, consoante os valores da inflação – então muito elevados – e os demais dados do caso concreto, com estes se acatando a imposição legal de recurso à equidade.

Nos casos em que o lesado auferia proventos do seu trabalho, atender-se-ia, à partida, a estes (declarados ou não à administração fiscal). Quando estava em vias de começar a trabalhar – como relativamente aos estudantes em fim de preparação profissional – considerava-se o salário que provavelmente viriam a receber, atenta a sua qualificação profissional. Quando não havia, de modo algum, referência salarial (crianças, desempregados, etc.) atendia-se ao então designado salário mínimo nacional.

E com esta orientação foram proferidos imensos arestos. Afinal, por via jurisprudencial, construiu-se um modo de proceder com laivos de normatividade que determinou e vem determinando a fixação de montante indemnizatório.

A qual todavia arrasta, a meu ver, uma injustiça tremenda. Reportando-se o cálculo aos proventos do lesado e não havendo prejuízo efetivo, compreendo muito mal a diferenciação profunda entre quem ganha bem e quem ganha mal ou nada ganha.

Trata-se de danos pessoais e considerando que esta parcela é, com frequência, a mais valiosa, temos que, no global, um lesado particularmente bem pago é indemnizado em montante global superior se perder um dedo dum a mão relativamente a outro que, auferindo proventos modestos, perde o braço.

O que – e temos de atentar nisso – está em total falta de sintonia com a orientação que nos chega da Europa, no sentido de que, tendencialmente, a danos pessoais semelhantes deve corresponder indemnização semelhante.

No fundo foi afetada a pessoa e só de modo ficcionado os seus proventos laborais.

9. Paralelamente, tinham lugar as fixações de compensações pelos danos não patrimoniais.

Não havia critérios, havendo apenas a ter em conta a equidade e a mencionada remissão para o artigo 494.º que nada adiantava relativamente a montantes.

Pelos danos não patrimoniais derivados da perda dum braço, poder-se pensar na compensação de € 80.000. Mas porque não € 100.000, € 200.000 ou € 10.000?

Restava e resta ao juiz arrimar-se – em obediência ao artigo 8.º, n.º3 do Código Civil – aos montantes que vêm sendo tradicionalmente fixados pelos Tribunais, mormente pelo Supremo Tribunal de Justiça.

10. Do mesmo modo, no que respeita à compensação pela perda do direto à vida. Aceite a sua compensabilidade, poderemos pensar em € 70.000, mas porque não € 40.000, € 100.000, € 500.000 ou mesmo mais de um milhão, como defendeu Leite de Campos em Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, página 136.

Aliás, esta referência deste Professor constituiu uma das raras ocasiões em que a doutrina se pronunciou sobre os montantes indemnizatórios fixados pelos Tribunais ou sobre os que considerava adequados aos casos da vida que iam surgindo.

Sendo, no entanto, de realçar também, em contraciclo com o silêncio da doutrina, a posição de Menezes Cordeiro no Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo III, nos seguintes termos:

“É inegável a presença de um certo esforço, no sentido da dignificação das indemnizações. Importante é, ainda, a consciência do problema por parte dos nossos tribunais. Há, agora, que perder a timidez quanto às cifras. A vida humana não tem preço. Mas quando haja que avaliá-la para efeitos de compensação, a cifra a reter será (actualmente) da ordem do milhão de euros, majorada ou minorada conforme as circunstâncias. Todos os outros danos são, depois, alinhados abaixo desse valor de topo... Não vale a pena dispormos de uma Constituição generosa, de uma rica e cuidada jurisprudência constitucional e de largos desenvolvimentos sobre os direitos de personalidade quando, no terreno, direitos fundamentais tais como a vida valham menos de € 60.000.”

D – O DECRETO-LEI N.º352/2007, DE 23.10

11. Em 23.10. 2007 veio a lume o Decreto-Lei n.º 352/2007, todo virado para o plano médico-legal.

No preâmbulo o legislador veio reconhecer o que já era evidente há décadas:

“O que se torna hoje de todo inaceitável é que seja a Tabela Nacional de Incapacidades por Acidente de Trabalho e Doenças Profissionais (TNI)... utilizada não apenas no contexto das situações especificamente referidas à avaliação de incapacidade laboral, para a qual foi efectivamente perspectivada, mas também por vezes, e incorrectamente, como tabela de referência noutros domínios do direito em que avaliação de incapacidades se pode suscitar, para colmatar a ausência de regulamentação específica que lhes seja directamente aplicável. Trata-se de situação que urge corrigir pelos erros periciais que implica...potencialmente geradora de significativas injustiças.”

No seguimento desta correção, o mencionado Decreto-Lei incluiu já uma “Tabela de Avaliação de incapacidades Permanentes em Direito Civil” e outra destinada ao ramo laboral.

Mantendo-se, em qualquer caso o que já vinha de trás, ou seja, a fixação de incapacidade relativamente a realidades médico-legais que não levam a qualquer prejuízo no desempenho

laboral vulgar. Entre muitos exemplos, podem-se ver-se a anquilose dum ou vários dedos, esterilidade e outras perturbações dos órgãos reprodutores, várias perturbações cutâneas e aí por diante.

Para efeitos civis, desapareceu a figura da incapacidade permanente para o trabalho que foi substituída pela do “*deficit* funcional permanente da integridade físico-psíquica”, correspondendo a este um número de pontos.

Mas o legislador, tendo avançado no plano médico-legal, continuou quedo e mudo no plano civil, não atribuindo valoração pecuniária para efeitos indemnizatórios destes mesmos pontos (abstraindo agora da Portaria n.º377/2008, de 26.5 de que vamos falar).

E – O SURGIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DA FIGURA DO DANO BIOLÓGICO

12. Surgiu, por essa altura e foi intensificada com esta mesma Portaria a ideia de dano biológico.

Não era desconhecida entre nós, no plano doutrinário, mas era-o totalmente no plano jurisprudencial.

A evolução da jurisprudência italiana projetou aqui os seus efeitos, ainda que o acolhimento tenha distorcido intensamente a figura, como vamos referir.

F – A JURISPRUDENCIA ITALIANA SOBRE O DANO BIOLÓGICO

13. Vejamos, então, sumariamente, o que se passou em Itália.

O n.º1 do artigo 32.º da Constituição Italiana dispõe que:

A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamento gratuito aos indigentes.

Por sua vez, o artigo 2043.º do Código Civil Italiano, epigrafado de “*Ressarcimento por facto ilícito*” dispõe que:

Qualquer facto doloso ou culposo que provoca um dano injusto em outrem obriga aquele que o cometeu a ressarcir o dano.

E o artigo 2059.º, epigrafado de “*Danos não patrimoniais*” estatui:

O dano não patrimonial deve ser ressarcido só nos casos determinados da lei.

Atentando neste último preceito, quais são os casos em que a lei determina o ressarcimento?

Parafraseando a enumeração, ainda que não exaustiva, de Marco Rosseti (Il Danno Da Lesione Della Salute, 1110), temos incluídos os factos danosos resultantes:

Da comissão de uma “*fattispecie*” criminosa;

Do uso de expressões ofensivas nos escritos defensivos durante um procedimento civil;

Do uso de modos ilícitos na recolha de dados pessoais;

De atos discriminatórios por motivos raciais, étnicos ou religiosos.

Como se vê, fica de fora uma imensidão de factos produtores de danos que ferem a sensibilidade até de modo intenso.

Basta pensar-se nos ilícitos civis aqui não incluídos ou até na responsabilidade objetiva.

Tal foi constatado – como detalhadamente refere Armando Braga em A Reparação do Dano Corporal na Responsabilidade Extracontratual, 40 – pelo Tribunal de Génova, já em 25.5.1974, perante um caso em que lesado tinha sofrido distorção na coluna.

E, nesse seguimento aquele Tribunal:

Interpretou restritivamente este artigo 2059.º, considerando que, com a sua limitação, se reporta apenas ao “*pretium doloris*”.

Como também – segundo entendeu – não valia para este caso o conceito de “dano injusto” do artigo 2043.º, sobejava algo a tutelar que estaria diretamente abrangido pelo artigo 32.º da Constituição.

Este tribunal reiterou em outros acórdãos esta posição e outros tribunais italianos decidiram no mesmo sentido, de sorte que a questão chegou ao Tribunal Constitucional que tomou posição em 30.6.1986 (Sentença n.º184/86).

Começou por aludir, quanto ao dano biológico, ao conceito que lhe chegava do tribunal recorrido de que se tratava dum “dano não patrimonial derivado da lesão do direito, constitucionalmente garantido, à tutela da saúde”, continuando para o seguinte entendimento (conforme enumeração de Marco Rosseti, ob. citada, 147):

- a) O artigo 2059.º diz respeito unicamente ao dano moral subjetivo, ou seja ao mero sofrimento afetivo;
- b) O dano biológico não é uma mera lesão do afeto, mas um dano evento lesivo duma situação jurídica subjetiva ativa tutelada pela Constituição;

c) O ressarcimento do dano biológico não está abrangido pela previsão do artigo 2059.º, mas é disciplinado pela combinação do disposto nos artigos 32.º da Constituição e 2043.º do Código Civil;

d) Em consequência o dano biológico é sempre existente desde que provada uma diminuição biosíquica e é ressarcido em dinheiro.

Daqui resulta a tripartição indemnizatória:

Dano biológico;

Danos patrimoniais;

Danos não patrimoniais.

Tendo, todavia, o Tribunal o cuidado de acentuar que se deve evitar “duplicação indemnizatória” (n.º21).

Como se vê, a autonomização relativa ao dano biológico radicou-se nos limites relativos aos danos não patrimoniais fixados pelo artigo 2059.º. Ainda que, no seguimento desta limitação, se tenha lidado com um conceito que abrange todos os danos pessoais com minoração biosíquica, quer materiais quer imateriais.

E tanto assim é que, por exemplo, o Supremo Tribunal, no aresto de 25.1.2002 (n.º887/2002) começou o sumário por afirmar que “não é ressarcível o *dano biológico* da morte imediata ou da lesão mortal seguida de morte imediata”. Ou seja, o dano que conduz à morte é também um dano biológico.

G – A INEXISTÊNCIA EM PORTUGAL DAS RAZÕES QUE EM ITÁLIA LEVARAM À CONSAGRAÇÃO INDEMNIZATORIA AUTONOMA DO DANO BIOLÓGICO

14. Cotejando a construção italiana com:

A extrema amplitude que o nosso legislador confere ao conceito de *deficit* da integridade psicofísica, aliada à orientação sedimentada da jurisprudência de que é de indemnizar, quer este leve a diminuição de proventos laborais, quer não leve;

A amplitude que a nossa lei confere aos danos não patrimoniais e seu recebimento jurisprudencial – e englobando, nomeadamente, os prejuízos estéticos, os sociais, os derivados da não possibilidade de desenvolvimento de atividades agradáveis e outros;

Vemos que, ainda que em patamares diferentes, nada do que diz respeito ao dano biológico fica indemnizatoriamente de fora.

Ao contrário de Itália, não havia e não há entre nós um vazio que tivesse de ser preenchido a nível de indemnização por força, nomeadamente, dos preceitos constitucionais que tutelam a vida, a integridade moral e física e o direito à saúde.

Decerto que poderia haver discussões em casos limite, como o do lesado que já antes do facto danoso estava em estado vegetativo e não sofreu com o que se passou ou do já total e definitivamente incapacitado para o trabalho que não podia ser afetado laboralmente, mesmo no plano teórico.

Mas mesmo nestes casos a jurisprudência sempre se pronunciou pela indemnização. Podia lançar-se mão das disposições constitucionais, mas não se precisava, em qualquer caso, de ir além das tradicionais vertentes indemnizatórias relativas aos danos patrimoniais e não patrimoniais.

H – A PORTARIA N.º377/2008 DE 26.5

15. Em transcrição da Quinta Diretiva Automóvel – Diretiva n.º2005/14/CE do Parlamento e do Conselho, de 11.5 – o Decreto-Lei n.º291/2007, de 21 de Agosto veio determinar, nos artigos 38.º e 39.º, que, relativamente às lesões emergentes de acidente de viação no âmbito do seguro obrigatório automóvel, as empresas seguradoras, verificados os requisitos ali previstos, eram obrigadas a apresentarem aos lesados uma proposta razoável de indemnização.

Determinando o n.º5 do artigo 39.º que, nas circunstâncias ali precisadas, “são aplicáveis os critérios e valores orientadores constantes de portaria aprovada pelos Ministros das Finanças e da Justiça, sob proposta do Instituto de Seguros de Portugal.

Veio, deste modo, a lume a Portaria n.º377/2008, de 26.5, alterada pela Portaria n.º679/2009, de 25.6.

Começa, quanto ao que agora nos importa, por desferir uma punhalada no que se vem entendendo há muitas décadas entre nós. Enquanto sempre se entendeu – conforme acentuámos – que havia lugar a indemnização pela perda da capacidade de ganho quer tivesse lugar perda de proventos laborais, quer não tivesse, fez constar no preâmbulo:

“Uma das alterações de maior impacte será a adopção do princípio de que só há lugar a indemnização por dano patrimonial futuro quando a situação incapacitante do lesado o impede de prosseguir a sua actividade profissional habitual ou qualquer outra.”

Todavia, inverte completamente a posição, ao referir que:

“No entanto, ainda que não tenha direito à indemnização pelo dano patrimonial futuro, em situação de incapacidade permanente parcial o lesado terá direito a indemnização pelo seu dano biológico, entendido este como ofensa à integridade física.

A indemnização pelo dano biológico é calculada segundo a idade e o grau de desvalorização, apurado este pela Tabela Nacional para a Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil, aprovada pelo Decreto-Lei n.º352/2007, de 23 de Outubro e com referência inicial ao valor da RMMG.

Fica ainda garantido ao lesado, quando não lhe for atribuída qualquer incapacidade permanente, o direito à indemnização por dano moral decorrente do dano estético ou do *quantum doloris*, que lhe sejam medicamente reconhecidos.

É também de destacar que o cálculo das indemnizações por prejuízo patrimonial, tanto emergente, como futuro, passa a ter por base, para efeitos de proposta razoável, os rendimentos declarados à administração fiscal pelos lesados.”

Quer dizer:

Em primeiro lugar, foi intenção separar os casos (muito raros) em que os lesados ficam impedidos de prosseguir a sua atividade profissional ou qualquer outra.

Só aqui haveria indemnização pelo “dano patrimonial futuro”.

“Capturou-se” aqui esta expressão, referindo uma especificidade e exclusão que nunca “passou pela cabeça” de que tinha responsabilidades de julgar.

Depois, para os casos em que o lesado fica com incapacidade permanente parcial abriu-se um caminho completamente diferente.

“Capturou-se” a expressão “dano biológico” desembocando em indemnizações irrisórias relativamente ao que a jurisprudência vinha fixando.

E foi-se mais além incluindo aqui os próprios danos não patrimoniais, que só assumem autonomia nos casos em que não é atribuída ao lesado “qualquer incapacidade permanente”. Rompeu-se mesmo com o tradicional parcelamento indemnizatório entre danos patrimoniais e não patrimoniais, tudo se englobando nas quantias do Anexo IV. Ainda que no artigo 4.º se crie a figura dos “danos morais complementares”, com conteúdo bastante extenso.

E afastou-se a consideração, para estes efeitos, de proventos auferidos pelos lesados se não declarados à administração fiscal, em total falta de sintonia com o que vinha e vem sendo entendido jurisprudencialmente.

16. Eu não compreendo a orientação da Portaria.

Refere-se o entendimento do dano biológico como ofensa à integridade física e psíquica e, depois, reduz-se o mesmo à perda da capacidade de ganho nos casos em que para o lesado com *deficit* parcial permanente da sua integridade física e psíquica não resulta a impossibilidade de desempenho laboral de qualquer espécie.

Então nos casos em que resulta esta impossibilidade, não há dano biológico? E nos casos de morte não há dano biológico, quando o próprio Supremo Tribunal Italiano o assim designa?

17. Só posso compreender se raciocinarmos noutra prisma.

Perante a ameaça que pairava de fixação numa terceira parcela indemnizatória relativa ao dano biológico (injustificada, a meu ver) “capturou-se” o conceito, vinculando-o a realidade que, pressupondo-o embora, está longe de a ele corresponder totalmente.

Depois, pegou-se na principal parcela indemnizatória, que, com a baixa dos juros estava a atingir valores muito elevados, aproveitou-se a “captura” terminológica e fixaram-se valores irrisórios.

A proposta “razoável” de indemnização imposta por lei, não é, afinal, razoável.

18. Seja como for, o que é manifesto é que este Diploma falhou estrondosamente relativamente ao papel que poderia desempenhar de farol orientador para uma jurisprudência carente de pontos de apoio quanto à fixação concreta de montantes indemnizatórios.

Ela própria reconhece no preâmbulo que “importa frisar que o objetivo...não é a fixação definitiva de valores indemnizatórios, mas... o estabelecimento de um conjunto de regras e princípios que permita agilizar a apresentação de propostas razoáveis...”

Não surpreende, por isso, que a jurisprudência a venha desprezando, continuando isoladamente o seu caminho.

Aliás, quanto aos valores que dela emergem, vale a pena trazer para aqui as palavras de Menezes Cordeiro (ob. e volume citados,753):

“As tabelas hoje constantes da Portaria n.º 279/2009, de 25 de Junho, não se aplicam aos tribunais, nem limitam, minimamente, os direitos das pessoas. Mas são lamentáveis: conseguem fixar valores ainda aquém das já deprimidas cifras obtidas nos tribunais.”

19. Excluída a aplicação, mesmo referencial, desta Portaria pela jurisprudência, o que me parece negativo é que, apesar disso, se tenha recebido a expressão “dano biológico” reportada à perda da capacidade de ganho em que se não verifica a diminuição de proventos por parte do lesado.

Nem sequer a alusão às lesões que subjazem a tal parcela corresponde ao que deve entender-se por dano biológico, por ficar de fora toda uma realidade que a elas não se reporta e que, indubitavelmente, está dentro do conceito.

I – O MEU ENTENDIMENTO SOBRE COMO PROCEDER NA FIXAÇÃO DAS INDEMNIZAÇÕES

20. Traçado todo este quadro, importa agora transmitir o que eu penso sobre a realidade indemnizatória, em especial sobre a parcela relativa à afetação definitiva da integridade físico-psíquica sem repercussão na diminuição de proventos auferidos laboralmente.

Sempre entendi – repito-o – que o legislador vem ficando aquém do que devia.

Relativamente a uma realidade tão frequente – principalmente relacionada com a sinistralidade rodoviária – e, a maior parte das vezes, tão decisiva na vida das pessoas, com envolvimento de valores tão queridos no plano constitucional, não é curial deixar tudo ao critério de quem julga, com inevitável e muito relevante subjetivismo.

Compreende-se muito mal que haja preocupação legislativa em estatuir sobre questões de somenos importância e se deixe no vazio o que está aqui em causa. Entendo mesmo que se deveria lançar mão de instrumento legislativo de maior dignidade do que uma simples portaria.

Ainda no passado dia 28 foi publicado o Decreto-lei n.º157/2017 que de acordo com o n.º1 do artigo 1.º tem como objeto “...definir as características a que devem obedecer o arroz da espécie *Uryza Sativa* L. e a trinca de arroz destinados ao consumidor final, fixar os respetivos tipos e classes comerciais e estabelecer as normas técnicas relativas à comercialização, acondicionamento e rotulagem.”

É certo que, quanto às indemnizações, tem imperado o bom senso dos juízes, mas nunca deixa de ter lugar um desagradável subjetivismo. Temos de o reconhecer: os montantes indemnizatórios fixados, mesmo pelo Supremo Tribunal de Justiça, dependem relevantemente do coletivo a quem for distribuído o processo.

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º352/2007, de 23.10, avançou-se no plano médico-legal, sem correspondência no plano propriamente jurídico. O julgador continua apenas com a equidade numa das mãos e agora com os pontos correspondentes ao *deficit* da integridade psico-física na outra.

O capital tem agora rendimentos mínimos, de sorte que o critério de encontrar um montante que, de rendimento, proporcione o que teoricamente deixou de se auferir e se extinga no fim presumível de vida ativa da pessoa visada, entrou necessariamente em crise.

Neste quadro, para além de entender que o legislador devia vir a terreiro, defendo que o devia fazer com tabelas indemnizatórias. Não tabelas fixas que apontassem para valores rígidos, mas que, estabelecendo limites máximos e mínimos para cada situação, deixassem ao julgador uma margem algo ampla de fixação, em ordem a que pudesse atender às circunstâncias do caso concreto. Em meu entender, o exemplo espanhol com os seus “Baremos” permite que se encontrem soluções muito mais justas.

Nestas tabelas, à semelhança precisamente dos modelos do país vizinho, partir-se-ia da ideia de que, estando perante danos pessoais, se impunha, à partida, a igualdade (ainda que de modo não rígido), afastando-se a tremenda e já referida injustiça da jurisprudência portuguesa de, nas contas finais dos casos em que não há diminuição efetiva de proventos laborais, quem ganha bem sair altamente beneficiado, relativamente a quem ganha mal ou nada ganha.

21. Na falta de elementos legislativos, o julgador não pode abster-se de julgar.

Como deve, então, agora proceder?

Deve manter-se a duplicidade indemnizatória entre danos patrimoniais e não patrimoniais. Eu, confesso, não morro de amores por ela, mas está de tal modo radicada na nossa jurisprudência que não se justifica, por aqui, inovação, a não ser de iniciativa da lei.

Se é certo que todo dano biológico – entendido como toda a afetação físico-psíquica com tradução médico-legal – deve ser atendido indemnizatoriamente – verificados, claro, os demais pressupostos da responsabilidade civil – não se deve considerar autonomamente uma terceira vertente a este reportada uma vez que o que esta poderia abranger já está incluído naquelas.

O *deficit* irreversível da integridade psico-física integra-se na fixação indemnizatória quer relativamente aos danos não patrimoniais, quer relativamente aos danos patrimoniais.

Quanto àqueles, eu aconselharia – apenas com saber de experiência feito – um exame muito atento da descrição dos danos. A análise sairia facilitada se se cindissem os efeitos temporários dos irreversíveis. Não para se criarem categorias ou parcelas indemnizatórias próprias – nada disso – mas apenas para melhor observação.

Assim, há que ver, com pormenor, os dias de internamento hospitalar, a eventual reiteração deste, o número e gravidade de intervenções cirúrgicas, a diminuição de mobilidade e sua duração, a dependência de outrem e sua duração, etc. e, depois, aos danos irreversíveis.

Quanto a estes – principalmente quanto a estes – há que considerar que muitos termos médicos não traduzem para o leigo, pelo menos de modo imediatamente perceptível, a gravidade toda. Aconselharia a que se procurasse, se necessário com recurso à informática ou de outro modo, o verdadeiro conteúdo de cada palavra não imediatamente acessível.

Além disso, não obstante as perícias médicas, penso que, na 1.^a instância, se devia procurar ver o lesado. Não em exame propositado, é evidente, mas como for mais oportuno (tentativas de conciliação, audiência, etc.) Por exemplo, se os relatórios médicos dizem que ficou afetado na marcha, acho que se deve procurar ver como ele anda; se ficou desfigurado, peçam-lhe que se aproxime e mostre a cara e aí por diante. Esta atenção é muito falível, mas a parte positiva da sua efetivação – explícita ou discreta – supera os riscos desvantajosos.

Depois, deve-se ter presentes os valores que vem sendo fixados pela jurisprudência para casos semelhantes, em obediência atenta ao n.º3 do artigo 8.º do Código Civil e em procura constante da minoração do subjetivismo que, como referi, sempre existe. Reparem que este n.º3 tem subjacente a ideia, tão cara também no plano constitucional, de que as pessoas visadas com decisões judiciais seja tratadas em plano de igualdade e, no aspeto indemnizatório, estamos em terreno onde tudo é particularmente visível.

Não percam de vista, claro, os critérios do artigo 494.º do Código Civil (exceto, por inconstitucionalidade, acolhida por jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal de Justiça, do da situação económica do lesado).

22. Quanto aos danos patrimoniais, na vertente que aqui importa, da perda da capacidade de ganho sem rebate nos proventos laborais, as dificuldades são imensas. Eu começaria por recusar a expressão dano biológico, não obstante o seu recebimento jurisprudencial.

Temos agora os pontos em lugar da incapacidade parcial permanente para o trabalho, mas a tradição jurisprudencial é muito forte e haverá que considerar a vertente incapacitante daqueles com referência aos proventos auferidos, nestes incluindo os que não tiverem sido declarados à administração fiscal.

Por outro lado, o rendimento de capital é agora, como referi, irrisório.

Ou seja, o juiz continua ainda mais despido de pontos de apoio, em ordem a conseguir integrar-se numa corrente indemnizatória consistente e em justificar perante as partes por que fixou aquela e não outra quantia.

Reparando na jurisprudência, apenas maioritária, do Supremo, continuará de pé o velho método de encontrar um capital que, de rendimento, produza o que teoricamente deixou de se auferir e se extinga no fim presumível de vida ativa do lesado.

Mas creio que, se contarmos com a inflação existente, ainda que rastejante, dificilmente se encontra um capital que permita algum rendimento.

Seja como for, teremos aqui um ponto de partida que, não conduzindo a resultado fixo, permite ao julgador nova ponderação sobre os elementos corretivos, entre os quais – penso eu – se situará o abaixamento do montante a que juros particularmente baixos conduzirão em primeira análise.

Tendo sempre e intensamente presente a correção da já falada discrepância entre quem ganha bem e quem ganha mal ou nada ganha, minorando a injustiça a que conduz este modo de cálculo.

É que – lembrem-se sempre – não estamos a repor patrimónios. Estamos a indemnizar pessoas.

Vídeos da apresentação

Parte I



Parte II



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6.
**Das funções
reconstitutiva e punitiva
da responsabilidade civil
extracontratual**

Henrique Sousa Antunes



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

DAS FUNÇÕES RECONSTITUTIVA E PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL*

Henrique Sousa Antunes**

1. Há cinquenta anos atrás.
2. O resgate do lucro ilícito.
3. A função punitiva da responsabilidade civil extracontratual.
4. A tutela da propriedade intelectual como paradigma da recompreensão da indemnização.
5. Síntese.

Vídeos da apresentação

1. Há cinquenta anos atrás...

O Código Civil de 1966 anunciava a revisão dos efeitos da responsabilidade civil com a funcionalização da culpa à determinação da indemnização. Na censura ao comportamento do agente descobria-se, em simultâneo, o requisito da responsabilidade e a medida da reparação. Notava Antunes Varela: «A ideia de afeiçoar o quantum da indemnização à culpa do agente, por imitação do que a legislação penal faz com as multas e outras sanções aplicáveis ao delinquent, era como que uma nota musical a que não ascendia a audição dos civilistas, completamente surdos a melodias desse estilo. É precisamente nesse ponto que o novo Código descreve uma viragem espectacular. Sem destruir a função essencialmente reparadora da responsabilidade civil, e não permitindo, por isso, que a indemnização a cargo do lesante alguma vez exceda o valor do dano, em vários textos relativos à extensão da indemnização se não desdenha de assinar ao instituto, embora subsidiariamente, um papel repressivo do facto ilícito»¹.

Cinquenta anos volvidos e outro fôlego parece necessário. Já abordámos detalhadamente os termos da questão². Agora, procuramos sintetizar e atualizar as nossas ideias.

É tempo de chamar à responsabilidade civil extracontratual a restituição do lucro ilícito e de fazer aquela fonte de obrigações partilhar competências com o direito contraordenacional. É tempo, enfim, de repensar as fronteiras entre institutos do direito privado e entre este e o direito público.

* Texto publicado em «Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso. O Código Civil 50 anos depois: balanço e perspectivas» (coordenação de Agostinho Cardoso Guedes e Nuno Manuel Pinto Oliveira), Almedina, Coimbra, 2017, págs. 489-504.

** Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹ *Rasgos Inovadores do Código Civil Português de 1966 em Matéria de Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1972, págs. 18 e seguinte.

² Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual: a sua Legitimação pelo Dano*, Coimbra, 2011, *passim*.

2. O resgate do lucro ilícito

Começamos pela questão do lucro obtido por ingerência em esfera alheia. Segundo o entendimento tradicional, é ao enriquecimento sem causa ou à gestão de negócios que cabe refazer o equilíbrio entre as partes. Vejamos, no entanto, as limitações que resultam da aplicação de ambos os institutos.

O enriquecimento por intervenção parece vocacionado para a restituição do valor de mercado do bem utilizado ³. Entre nós, as monografias que, mais recentemente, versaram o tema reconhecem a impropriedade do regime para a entrega do lucro que exceda a justa medida daquele valor ⁴. Essa restrição parece-nos correta, pois o instituto do enriquecimento sem causa deve limitar a sua aplicação às hipóteses em que falta uma causa, abstendo-se de regular os efeitos que o remédio de uma conduta ilícita e culposa justifica.

Alternativamente, propõem os autores referidos o recurso à gestão de negócios ⁵. Trata-se de uma gestão de negócios imprópria, em resposta que o artigo 472.º, n.º 1, do Código Civil, por maioria de razão, legitimaria. Segundo o preceito, «se alguém gerir negócio alheio, convencido de que ele lhe pertence, só é aplicável o disposto nesta secção se houver aprovação da gestão». Se a sanção da conduta alheia pela aplicação das regras da gestão de negócios tem lugar embora o agente estivesse convencido da bondade da sua atuação, mal se entenderia que beneficiasse de imunidade o enriquecido que, sabendo da titularidade alheia do bem usado, com este lucra.

A solução é um remendo e, como tal, é desadequada e frágil. Serve para responder a uma eventual lacuna do sistema jurídico. É certo que o artigo 465.º, alínea e), do Código Civil, dispõe que gestor deve entregar ao dono do negócio «tudo o que tenha recebido de terceiros no exercício da gestão ou o saldo das respectivas contas, com os juros legais, relativamente às quantias em dinheiro, a partir do momento em que a entrega haja de ser efectuada». Haveria, assim, um fundamento para a restituição do lucro. E, no entanto, considerando que o recurso à gestão de negócios pressupõe a aprovação da gestão (artigo 472.º, n.º 1, do Código Civil), pergunta-se:

- a) É razoável conceber a exigência do assentimento à atuação ilícita do infrator? O lesado verga-se a uma atuação ilícita e dolosa do lesante com o propósito utilitarista da restituição das vantagens obtidas. Pode o Direito conformar-se com esse método tortuoso?;

³ Em sentido diverso, pronunciam-se pela adaptabilidade do enriquecimento sem causa a uma regra geral de restituição do lucro ilícito, Manuel Carneiro da Frada, *Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, Coimbra, 2006, págs. 67 e seg., e Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, 2011, págs. 773 e seguinte.

⁴ Ver Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil*, Lisboa, 1996, págs. 891 e segs., e Júlio Gomes, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento Sem Causa*, Porto, 1998, págs. 778 e seguintes.

⁵ Ver Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil*, cit., págs. 704 e segs., e Júlio Gomes, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento Sem Causa*, cit., págs. 801 e seguintes.

b) É sensato acolher as consequências associadas à aprovação da gestão? Segundo o artigo 469.º do Código Civil, «a aprovação da gestão implica a renúncia ao direito de indemnização pelos danos devidos a culpa do gestor e vale como reconhecimento dos direitos que a este são conferidos no n.º 1 do artigo anterior» (o trecho final da norma refere-se ao reembolso de despesas, com juros legais a partir do momento em que foram feitas, e à indemnização do prejuízo sofrido). Pode o autor de um comportamento ilícito e culposo exigir que a restituição do lucro seja compensada com a isenção de responsabilidade (pense-se na hipótese de danos patrimoniais e não patrimoniais que o titular do direito tenha sofrido com a intervenção alheia) e com a faculdade de reconstituir a situação patrimonial hipotética se a intervenção, procurada, não tivesse ocorrido?

Em nosso entender, é devida a entrega do lucro como um efeito da responsabilidade civil. Esse dever encontra acolhimento na *dimensão relacional* do princípio geral estabelecido pelo legislador a respeito da obrigação de indemnização. Nos termos do artigo 562.º do Código Civil, «quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação». A norma vem sendo interpretada por referência à reconstituição do património do devedor, esquecendo, sublinha-se, o alcance relacional que o princípio implica.

A lei impõe ao lesante o dever de recriar a situação hipotética que a sua intervenção impossibilitou. Essa realidade alternativa tem, necessariamente, de compreender a posição do agente. Se o lesante obteve um benefício patrimonial com o seu comportamento, é uma ficção dizer-se que a restituição escapa à reconstituição da situação que existiria.

É bem verdade que o artigo 562.º delimita o conceito de devedor pela obrigação de reparação de um dano, o que, em última instância, privaria de fundamento a interpretação que, em razão da perspectiva relacional da obrigação de indemnização, nesta pretendesse incluir o resgate do lucro, se o lesado não sofreu nenhum prejuízo. Sucede, porém, que esse entendimento restringe o dano a uma dimensão patrimonial ou, pelo menos, silencia o reflexo que o lucro tem na esfera não patrimonial do lesado.

Temos defendido que se apura um dano não patrimonial relevante, e portanto indemnizável segundo o artigo 496.º do Código Civil, sempre que do sacrifício censurável de bens do lesado advém para terceiro um benefício económico⁶. É um dano que deriva da rutura do justo relacionamento patrimonial entre indivíduos. A compensação desse dano só pode, naturalmente, dar-se com a deslocação para a esfera do lesado das vantagens que o terceiro ilegitimamente obteve.

A amplitude com que a indemnização dos danos não patrimoniais foi acolhida no direito português, adaptável à evolução das circunstâncias sociais, o fim de satisfazer o lesado que

⁶ Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual: a sua Legitimação pelo Dano*, cit., págs. 241 e segs. Acompanha-nos Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade civil por violação de direito intelectual*, in «Revista de Direito e de Estudos Sociais», ano LII (XXV da 2.ª Série), julho-dezembro de 2011, n.ºs 3 e 4, págs. 161 e seg., e 171.

àquela é reconhecida, reagindo à infirmação do seu direito, a natureza do bem que é ofendido, o sentimento de justiça, deve habilitar o juiz, nesta sede, a restituir ao lesante as receitas líquidas imputáveis ao seu comportamento.

Trata-se, enfim, de dar cumprimento à necessidade de satisfazer o lesado, quer a respeito da fixação da indemnização de outros danos não patrimoniais, quer como autónoma reconstituição da situação anterior a esta lesão. Só assim se alcança o que o artigo 562.º do Código Civil dispõe, no contexto, sublinha-se, do dever de indemnizar.

E o assunto constitui um tema premente. A intenção de obter vantagens pela intervenção ilícita em esfera jurídica alheia é, certamente, conatural à história do Homem. Os tempos modernos parecem, no entanto, multiplicar os fenómenos de “parasitagem”. Na atualidade, a diversificação dos bens patrimoniais e a patrimonialização de bens pessoais justifica, em parte, aquele fenómeno. A tutela conferida às criações do intelecto humano e a utilização económica da imagem, da voz ou do nome propiciaram novos instrumentos de aproveitamento ilícito de bens alheios. Se a essa circunstância acrescentarmos a evolução tecnológica da sociedade contemporânea e o alargamento do impacto humano e geográfico das ofensas praticadas, revela-se justificada a intervenção da responsabilidade civil na moralização das relações sociais.

No plano do direito comparado, a inclusão do resgate do lucro ilícito entre os remédios da responsabilidade civil é uma resposta que vem adquirindo, progressivamente, adesão. Creio que tem utilidade percorrer alguns dos regimes que propõem esta solução.

Encontra-se no estudo que descreve o enquadramento de um eventual Código Civil europeu, o *Draft Common Frame of Reference*, uma norma que associa à responsabilidade civil extracontratual o dever de restituição das vantagens patrimoniais indevidamente obtidas. No seu livro VI, o artigo 6:101, sobre o objetivo e as modalidades da indemnização, estabelece no § 4 que, onde tal se afigure razoável, em alternativa à reconstituição da situação patrimonial do lesado a indemnização pode consistir na restituição das vantagens obtidas pelo lesante em razão da prática do facto danoso.

Na Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, reconhece-se, no considerando 26 que «para reparar o prejuízo sofrido em virtude de uma violação praticada por um infractor que tenha desenvolvido determinada actividade, sabendo, ou tendo motivos razoáveis para saber que a mesma originaria essa violação, *o montante das indemnizações por perdas e danos a conceder ao titular deverá ter em conta todos os aspectos adequados, como os lucros cessantes para o titular, ou os lucros indevidamente obtidos pelo infractor*, bem como, se for caso disso, os eventuais danos morais causados ao titular» (itálico nosso). Neste sentido, dispõe o artigo 13.º da Diretiva e, claro, os regimes que resultaram da transposição desse ato legislativo europeu para os direitos nacionais.

Nos termos do artigo 6:104 do Código Civil holandês, se alguém, que é responsável por um facto danoso contratual ou extracontratual, tiver lucrado por causa desse facto, o tribunal

pode, a pedido do lesado, fixar a indemnização em valor correspondente à totalidade do lucro ou a uma parte dele. É evidente o propósito de associar à compensação a prevenção da conduta lesiva, ainda que a jurisprudência venha restringindo o âmbito de aplicação da norma às hipóteses em que o cálculo do dano se revela indeterminado.

A reforma do direito da responsabilidade civil em França é mais ambiciosa. No anteprojeto de lei apresentado em abril de 2016, lê-se, em subsecção dedicada à multa civil (artigo 1266): *«Lorsque l’auteur d’un dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par un décision spécialement motivée, au paiement d’une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l’auteur ou aux profits qu’il en aura retirés. L’amende ne peut être supérieure à 2 millions d’euros. Toutefois, elle peut atteindre le décuple du montant du profit ou de l’économie réalisés. (...) Cette amende est affectée au financement d’un fonds d’indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public»* (sublinhado nosso).

A revisão proposta para o direito francês beneficiaria da diferenciação de regimes entre o resgate do lucro ilícito e a previsão de uma pena civil. Esta reflexão serve, aliás, para enquadrar a nossa análise subsequente.

Na transferência das vantagens pecuniárias da esfera do lesante para o património do lesado está, em regra, excluída qualquer punição do agente ⁷. Prossegue-se, ainda, a reconstituição da situação anterior, a reposição do equilíbrio correspondente à situação hipotética, nos termos relacionais que o artigo 562.º do Código Civil acolhe. Que justificação confirmaria a asserção da natureza punitiva do dever que coloca o lesante na situação em que este se encontraria não fora o facto ilícito praticado?

É com este sentido que o direito português acolhe hipóteses que admitem a restituição dos benefícios económicos que o ato ilícito proporcionou como critério da indemnização. É paradigmático o disposto no artigo 73.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 236/98, de 1 de agosto, em matéria de proteção do meio aquático: na impossibilidade de quantificar com precisão o dano causado, deve o juiz fixar, com recurso a critérios de equidade, o montante da indemnização, considerando, nomeadamente, a lesão do componente ambiental, o custo previsível de reposição da situação anterior à prática do ato danoso e o proveito económico eventualmente obtido com a infração.

Outro não pode ser o entendimento em face do artigo 22.º, n.ºs 1 a 3, da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto (regula o direito de participação procedimental e de ação popular), sobre a responsabilidade civil subjetiva:

⁷ Aceita-se, porém, que se, o comportamento do lesante tiver sido gravemente censurável, o agente veja negada a pretensão da dedução de custos aos proveitos obtidos, substituindo o resgate do lucro pela entrega das receitas brutas. Assim sucede porque o autor do facto ilícito *coisificou* a pessoa.

- «1. A responsabilidade por violação dolosa ou culposa dos interesses previstos no artigo 1.º constitui o agente causador no dever de indemnizar o lesado ou lesados pelos danos causados;
2. A indemnização pela violação de interesses de titulares não individualmente identificados é fixada globalmente;
3. Os titulares de interesses identificados têm direito à correspondente indemnização nos termos gerais da responsabilidade civil».

Neste contexto, esbate-se a esfera do lesado perante a natureza indivisível ou homogénea dos bens considerados. O ressarcimento das lesões a interesses difusos ou a direitos ou interesses individuais homogéneos é incompatível com a visão clássica da indemnização, que descobre na situação patrimonial do lesado a referência para a reconstituição da situação anterior à lesão. O lucro serve, então, de instrumento para a reparação⁸.

Este brevíssimo excuro testemunha a situação paradoxal em que vive o direito português e a generalidade dos ordenamentos da Europa continental. Na fixação da indemnização por responsabilidade civil, a condenação em dever de restituir o lucro parece, tão-só, justificada pela indeterminação dos danos. E, no entanto, se esse instrumento supre a impossibilidade de quantificar as perdas ou os lucros cessantes do lesado é porque permite a reconstituição da situação que se verificaria se a lesão não tivesse ocorrido. O resgate das vantagens económicas obtidas pelo lesante é trazido para a responsabilidade civil porque é, ainda, de indemnização que se trata.

De outro modo, o legislador aceitaria a delimitação das fontes das obrigações nos termos que a doutrina e a jurisprudência vêm, tradicionalmente, fazendo. Insiste-se, porque na restituição das vantagens económicas obtidas com a prática do facto danoso descobre uma dimensão inelutável da indemnização: a reposição do equilíbrio entre as partes, permitindo a reconstituição da situação hipotética.

A conclusão é reforçada pela opinião daqueles que, sustentando embora a aplicação do enriquecimento sem causa ao dever de restituir, sublinham a *reconfortante* complementaridade do dever de indemnização dos danos não patrimoniais. A posição de Pereira Coelho, no seu belíssimo estudo sobre o enriquecimento e o dano, constitui, a esse propósito, um exemplo significativo. É oportuno destacar algumas passagens desse texto. Escreve o autor, a respeito da conformidade da limitação do dever de restituir o lucro ao dano real sofrido pelo lesado, ou seja, ao valor objetivo do uso ou dos bens consumidos ou alienados, com a natureza culposa da intervenção em esfera jurídica alheia: «(...) pode dizer-se que a solução proposta encorajará o interventor a intrometer-se na esfera jurídica alheia ou, pelo menos, a não se preocupar grandemente sobre se são seus ou alheios os bens sobre que a intervenção se exerce, pois sabe que, ainda que sejam alheios, faz seu o lucro da intervenção e só tem a pagar ao titular do direito esses bens pelo seu valor corrente. (...)». Ora, continua

⁸ Ver Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lisboa, 2003, págs. 169 e seguinte.

Pereira Coelho, «não deverá exagerar-se o receio de que se multipliquem assim as intromissões ou ingerências nos direitos alheios e fique sem sanção a intervenção ilícita. Neste sentido – e sem falar das sanções criminais a que haja lugar – pode logo notar-se que a intervenção, frequentes vezes, causará *danos não patrimoniais* (...). A ameaça dessa indemnização dos danos não patrimoniais já poderá pois ser eficaz contra-estímulo à intervenção ilícita»⁹.

Julgamos que a proposta de limitar o dever de restituir ao dano real, se aplicada a atos ilícitos e culposos, evidencia, nos seus termos, frágeis alicerces. Fazer depender a bondade da solução do hipotético recurso ao efeito preventivo da indemnização dos danos não patrimoniais significa reconhecer que, na ausência daquele dever, a restituição do valor objetivo do uso ou dos bens consumidos ou alienados é insatisfatória. Além do mais, afigura-se que a necessidade de apurar a existência de um dano não patrimonial, que sirva de impulso à supressão do lucro, porventura utilizando o proveito obtido como um critério para a fixação da indemnização, «oculta» a real finalidade da compensação. Esta, em bom rigor, destina-se a reconstituir o equilíbrio entre as partes pela supressão da vantagem adquirida de forma ilícita e culposa.

Considere-se, por último, que, no direito português, a impropriedade do tratamento do lucro obtido permite, inclusivamente, ao agente conservar esse proveito, em manifestação adversa ao princípio jurídico da supressão das vantagens conseguidas de forma ilícita. Na verdade, segundo o artigo 18.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, sucessivamente alterado, que institui o ilícito de mera ordenação social e o respetivo processo, «se o agente retirou da infracção um benefício económico calculável superior ao limite máximo da coima, e não existirem outros meios de o eliminar, pode este elevar-se até ao montante do benefício, não devendo todavia a elevação exceder um terço do limite máximo legalmente estabelecido». A coima pode, pois, ficar aquém da restituição do proveito. E sabendo que a determinação da medida da sanção se faz, ainda, em função da gravidade da contraordenação, da culpa e da situação económica do agente (artigo 18.º, n.º 1) é possível, pelo menos em teoria, o apuramento de um montante que, inclusivamente, se situe aquém do teto máximo estabelecido.

3. A função punitiva da responsabilidade civil extracontratual

Nas considerações precedentes, encontra-se, também, inspiração para o reconhecimento da validade da competência punitiva da responsabilidade civil aquiliana. Longo e árduo é, tantas vezes, o caminho do lesado para, afinal, receber bem menos do que a soma do bem perdido à dureza daquele percurso legitimaria.

Merece, neste âmbito, reflexão o destempero das contraordenações. O poder sancionatório da Administração excedeu os limites originais que o justificaram e inclui, agora, relações em que predomina o interesse privado. A lei beneficia a coletividade, destinando-lhe uma sanção que, no entanto, tem origem na ofensa de um bem primariamente individual. Ou seja, a justiça

⁹ *O Enriquecimento e o Dano*, Coimbra, 1999 (reimpressão), págs. 69 e seguinte.

retributiva encontra fundamento na justiça corretiva, aplicando, contudo, uma lógica distributiva ao destino da sanção. Há uma incoerência intolerável do sistema que apenas pode ser corrigida convertendo o particular em beneficiário da pena. Desse modo, a justiça corretiva funcionaria como o alicerce e a abóboda da justiça retributiva que se entenda aplicável.

A estrutura bilateral, sinalagmática, dos efeitos da responsabilidade civil, aliás, como sucede nas demais relações obrigacionais, exclui a sua compatibilidade com a natureza primária autónoma dos fins coletivos que acompanham a criminalização dos factos e a estatuição da pena correspondente. Resta, no entanto, saber se as características da responsabilidade civil acolhem, ainda assim, a utilização de meios que divergem da simples indemnização dos danos, produzindo um benefício social preventivo, embora secundário, dependente da satisfação do interesse do credor.

O direito civil vigente desconhece uma cláusula punitiva geral. Há, porém, um traço de identidade nos casos previstos na lei, pois as sanções privadas que, a respeito das consequências da aplicação da responsabilidade civil, apresentam um efeito retributivo são legitimadas pelo dano¹⁰. O dano é a causa da sua estatuição, destinando-se o remédio, nuns casos a determiná-lo ou a preveni-lo, noutros a satisfazer o direito do lesado ao desagravo.

A emancipação de um direito privado sancionatório e, simultaneamente, a inaplicabilidade dos princípios que regem o direito penal e o processo penal encontram fundamento nos conceitos de efeito punitivo secundário e de efeito punitivo primário dependente, por referência à indemnização do dano¹¹. A nomenclatura é emprestada pelo reflexo que a aplicação da sanção tem no património do réu.

Se o prejuízo que advém para o lesante da decisão apresenta estreita conexão com o dever de prestar ou com a obrigação de indemnizar, sem deles se distinguir, verifica-se um efeito punitivo secundário, que não justifica qualquer entorse aos princípios do direito privado. Dá-se este resultado sob três formas:

Em primeiro lugar, sempre que a lesão se revele insuscetível de avaliação pecuniária ou os danos se apurem indeterminados (é paradigmática a indemnização dos danos não patrimoniais);

Em segundo lugar, quando a lei, em face de uma relação obrigacional pré-existente, ou o contrato se substitui ao apuramento dos danos verificados, prevenindo a ofensa do direito do credor (tome-se como exemplo a cláusula penal);

¹⁰ No direito privado português são em número apreciável as sanções de comportamentos ilícitos contratuais e extracontratuais que excedem a mera indemnização por equivalente dos danos sofridos. À semelhança do que sucede nos demais ordenamentos da Europa continental, constituem instrumentos dispersos. Para uma exemplificação dessas normas, ver Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2006, págs. 245 e segs., e o nosso *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual: a sua Legitimação pelo Dano*, cit., págs. 553 e segs., e 608 e seguintes.

¹¹ Colhemos alguma inspiração na classificação de Paolo Benazzo, *Le "Pene Civili" nel Diritto Privato D'Impresa*, Milano, 2005, págs. 109 e seguintes.

Enfim, prossegue, ainda, o interesse do lesado, com um efeito punitivo secundário, a sanção que, acrescentando à reconstituição natural ou à indemnização por equivalente, persuade ao cumprimento da obrigação ou ao respeito de um direito absoluto em situação de prévio relacionamento das partes (assim, nomeadamente, a sanção pecuniária compulsória ou as penas em tutela de direitos reais ou de personalidade). Ocorre um efeito punitivo primário quando a lei prevê que, com o intuito de satisfazer a retribuição devida ao lesado, o juiz condene o agente em quantia diversa da compensação, formalmente autónoma. Trata-se, neste caso, de sanções com um efeito punitivo primário dependente. A acessoriedade a um dano confere suporte à alforria do direito privado sancionatório.

Em síntese, *de iure condendo*, o dano aprovaria, em geral, a condenação do lesante em montante superior ao prejuízo patrimonial ou não patrimonial verificado, satisfazendo o lesado pela retribuição do autor do facto ilícito, quando a conduta representasse uma ofensa grave a bens jurídicos individuais. Excluimos, porém, que, considerando os fins do direito penal e a estrutura bilateral da responsabilidade civil, se afigurasse legítimo substituir às penas criminais sanções punitivas de direito privado.

A retribuição que neste direito se admita pretende desagravar o credor da indemnização, beneficiando a coletividade tão-só reflexamente. Justifica-se, no entanto, repensar as fronteiras entre o direito privado e o direito de mera ordenação social. O regime das contraordenações tutela, hoje, bens jurídicos prevalentemente individuais, rompendo com a limitação da sua competência à atividade da Administração. Se o legislador penal entende delegar as suas funções deve fazê-lo, também, em benefício do direito privado, numa lógica que se sobrepõe à dilatação da repressão administrativa, considerando a preponderância da natureza individual dos bens ofendidos. Nesse caso, observa-se, outrossim, as vantagens que, de um ponto de vista da eficácia do procedimento sancionatório, se associam à limitação dos princípios do direito penal e do processo penal.

4. A tutela da propriedade intelectual como paradigma da recompreensão da indemnização

Propõe-se um ensaio das teses sustentadas, considerando o artigo 211.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e o artigo 338.º-L do Código da Propriedade Industrial, nas versões resultantes da transposição da Diretiva 2004/48/CE, citada, pela Lei n.º 16/2008, de 1 de abril. Parece-nos, em nota introdutória, que a forma empregue na receção do direito europeu suscita alguns embaraços interpretativos. Vejamos.

Abre qualquer dos preceitos uma disposição que sanciona com o dever de indemnizar a violação ilícita e culposa dos direitos em apreço. Segue a definição do alcance da indemnização atribuída ao lesado, dos critérios a que o juiz deve atender na sua fixação. O legislador esclarece que o artigo 211.º, n.ºs 1 e 2, inclui os danos patrimoniais e os danos não patrimoniais e restringe o artigo 338.º-L, n.º 2, aos danos patrimoniais. Nesta última norma, em contraste com a primeira, a enunciação dos factos a considerar pelo juiz é exemplificativa. Em qualquer dos casos, optando, ainda, o autor da lei por descrever a parte comum utilizando

fórmulas injustificadamente diversas, o apuramento da indemnização deve atender ao lucro do infractor, aos danos emergentes e aos lucros cessantes do lesado e às despesas deste com a protecção, a investigação e a cessação do comportamento que lesa o seu direito.

É uma incógnita a conjugação do número 3 de qualquer dos preceitos com a norma anterior: «Para o cálculo da indemnização devida à parte lesada, deve atender-se à importância da receita resultante da conduta ilícita do infractor», acrescentando o artigo 211.º, «designadamente do espectáculo ou espectáculos ilicitamente realizados». Valerá a disposição para as hipóteses em que a atividade do lesante não foi significativamente lucrativa, considerando pois, como critério de substituição, as receitas brutas por si obtidas? Deve a norma julgar-se aplicável a qualquer grau de culpa?

Segue a menção aos danos não patrimoniais. Lembrando a norma inclusiva do n.º 2 do artigo 211.º, o n.º 4 deste preceito estabelece que «o tribunal deve atender ainda aos danos não patrimoniais causados pela conduta do infractor, bem como às circunstâncias da infracção, à gravidade da lesão sofrida e ao grau de difusão ilícita da obra ou da prestação». Julga-se interpretação adequada classificar as referências da norma às circunstâncias e efeitos do comportamento ilícito como critérios de fixação da indemnização pelos danos não patrimoniais, não obstante o paralelismo a que a locução “bem como” induz. Só este entendimento é compatível com a limitação do n.º 4 do artigo 338.º-L à simples menção à atendibilidade dos danos não patrimoniais no ressarcimento da lesão ao direito de propriedade industrial.

Os artigos em análise estatuem em sentido idêntico sobre a determinação da indemnização devida na hipótese da impossibilidade de apuramento segundo as regras precedentes (n.ºs 5 de ambas as normas). Lê-se no artigo 211.º: «Na impossibilidade de se fixar, nos termos dos números anteriores, o montante do prejuízo efectivamente sofrido pela parte lesada, e desde que esta não se oponha, pode o tribunal, em alternativa, estabelecer uma quantia fixa com recurso à equidade, que tenha por base, no mínimo, as remunerações que teriam sido auferidas caso o infractor tivesse solicitado autorização para utilizar os direitos em questão e os encargos por aquela suportados com a protecção do direito de autor ou direitos conexos, bem como com a investigação e cessação da conduta lesiva do seu direito».

Os artigos 211.º e 338.º-L coincidem, ainda, na previsão de uma norma com efeito punitivo, se houver reiteração do comportamento ilícito ou o facto merecer elevada reprovabilidade (n.º 6): «Quando, em relação à parte lesada, a conduta do infractor constitua prática reiterada ou se revele especialmente gravosa, pode o tribunal determinar a indemnização que lhe é devida com recurso à cumulação de todos ou de alguns dos critérios previstos nos n.ºs 2 a 5».

Finalmente, o legislador incluiu no artigo 338.º-L uma norma que se afigura desnecessária. As disposições anteriores já compreendem a indemnização dos danos que aquele preceito toma como objeto: «Em qualquer caso, o tribunal deve fixar uma quantia razoável destinada a cobrir os custos, devidamente comprados, suportados pela parte lesada com a investigação e a cessação da conduta lesiva do seu direito».

Eis a aplicação das teses que desenvolvemos: os números 1, 2 e 3 dos artigos em apreço descrevem as sanções com alcance exclusivamente indemnizatório. Os números 4 e 5 desenvolvem soluções com efeito punitivo secundário (em sede da indemnização dos danos não patrimoniais e de danos indeterminados). O número 6 estabelece uma sanção com efeito punitivo secundário (fundada na relação prévia assente na reiteração da conduta) e permite a condenação numa sanção com efeito punitivo primário (justificada pela especial gravosidade do comportamento ilícito).

5. Síntese

Conclui-se, pois:

1. Em reflexão sobre o cinquentenário do Código Civil, é tempo de chamar à responsabilidade civil extracontratual a restituição do lucro ilícito e de àquela atribuir a partilha de competências com o direito contraordenacional. É tempo, enfim, de repensar as fronteiras entre institutos do direito privado e entre este e o direito público;
2. Acerca da restituição do lucro, são manifestas as insuficiências do enriquecimento sem causa. Revela-se, ainda, inequívoca a artificialidade do recurso à gestão de negócios imprópria, e, porventura, os seus efeitos perversos;
3. Considera-se devida a entrega do lucro como um efeito da responsabilidade civil. Esse dever encontra acolhimento na dimensão relacional do princípio geral estabelecido pelo legislador a respeito da obrigação de indemnização (artigo 562.º). A lei impõe ao lesante o dever de recriar a situação hipotética que a sua intervenção impossibilitou. Essa realidade alternativa tem, necessariamente, de compreender a posição do agente. Se o lesante obteve um benefício patrimonial com o seu comportamento, é uma ficção dizer-se que a restituição escapa à reconstituição desejada;
4. É bem verdade que o artigo 562.º delimita o devedor pela obrigação de reparação de um dano, o que, em última instância, privaria de fundamento a interpretação que, em razão da perspectiva relacional da obrigação de indemnização, nesta pretendesse incluir o resgate do lucro, se o lesado não sofreu nenhum prejuízo. Sucede, porém, que esse entendimento restringe o dano a uma dimensão patrimonial ou, pelo menos, silencia o reflexo que o lucro tem na esfera não patrimonial do lesado;
5. Temos defendido que se apura um dano não patrimonial relevante, e portanto indemnizável segundo o artigo 496.º do Código Civil, sempre que do sacrifício censurável de bens do lesado advém para terceiro um benefício económico;
6. A amplitude com que a indemnização dos danos não patrimoniais foi acolhida no direito português, adaptável à evolução das circunstâncias sociais, o fim de satisfazer o lesado que àquela é reconhecida, reagindo à infirmação do seu direito, a natureza do bem que é ofendido, o sentimento de justiça, deve habilitar o juiz, nesta sede, a restituir ao lesante as receitas

líquidas imputáveis ao seu comportamento. Em situações de elevada censurabilidade, admite-se a aplicação do critério das receitas brutas;

7. As condições estão criadas para, em função do lucro obtido pelo autor do facto ilícito, rever o alcance da responsabilidade no respeito dos princípios que, representando uma vitória da civilização moderna, se converteram na sua ortodoxia. Exclui-se qualquer efeito punitivo no resgate do lucro. O lesante perde as vantagens que ilegitimamente adquiriu, nada mais. Somente se apura aquele efeito quando, desprezando o direito alheio, o agente *coisificou* a pessoa. Está, nesse caso, impedido de deduzir à restituição o custo económico dos fatores produtivos que integram a sua esfera jurídica, mas deve, porventura, mais;

8. O direito privado vigente desconhece uma cláusula punitiva geral. Há, porém, um importante traço de identidade nos casos previstos na lei, pois as sanções privadas que, a respeito das consequências da aplicação da responsabilidade civil, apresentam um efeito punitivo são legitimadas pelo dano. O dano é a causa da sua estatuição, destinando-se o remédio, nuns casos a determiná-lo ou a preveni-lo, noutros a satisfazer o direito do lesado ao desagravo;

9. Verifica-se uma adesão da sanção criminal às características e finalidades da solenidade da repressão penal que, justificadamente, argumenta em favor da impropriedade do direito privado, limitado pela natureza bilateral ou relacional das sanções que utiliza;

10. Diversamente sucede a respeito do regime das contraordenações. A lata amplitude do direito de mera ordenação social constitui uma aplicação do princípio da subsidiariedade do direito penal. Em alcance injustificado. As sanções beneficiam a Administração sem curar da natureza essencialmente individual dos bens ofendidos. Urge repensar as fronteiras entre o direito de mera ordenação social e o direito privado.

Vídeos da apresentação

Parte I



Parte II



7.

**Reflexões sobre a
noção de perda de
chance à luz da
Jurisprudência**

Rute Teixeira Pedro



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

REFLEXÕES SOBRE A NOÇÃO DE PERDA DE CHANCE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Rute Teixeira Pedro*

- I. Observações introdutórias.
 - II. A emergência da noção de perda de chance e o crescente acolhimento jurisprudencial da mesma.
 - 2.1. A identificação do problema: a dificuldade na afirmação do nexo de condicionalidade.
 - 2.2. A proposta de solução: a autonomização do dano da perda de chance.
 - 2.3. O acolhimento da noção na jurisprudência portuguesa.
 - III. Pressupostos da Ressarcibilidade da perda de chance.
 - 3.1. A demonstração da existência da chance.
 - 3.1.1. A chance como uma entidade dotada de aleatoriedade.
 - 3.1.2. A seriedade, a consistência e a pessoalidade da chance.
 - 3.1.3. O ónus da prova da existência da chance.
 - 3.2. A destruição da chance por um ato imputável a terceiro e a verificação dos pressupostos de responsabilidade civil.
 - 3.2.1. O relevo jurídico da chance independentemente da sua perda.
 - 3.2.2. A verificação dos requisitos da responsabilidade civil.
 - IV. A operação de determinação do *quantum respondeatur* quanto ao dano da perda de chance.
 - V. Observações conclusivas
- Vídeos da apresentação

I. Observações introdutórias

Regresso a uma figura – a perda de chance – que venho estudando, desde 2005¹. No presente trabalho, centrarei a minha atenção nos dados extraídos da jurisprudência portuguesa. Na verdade, iluminarei, o percurso expositivo que farei nas próximas páginas com contributos recolhidos a partir de decisões proferidas pelos Tribunais portugueses nos últimos anos. Se a consideração da jurisprudência é sempre essencial no estudo de qualquer matéria jurídica, mais ainda o é quando refletimos sobre uma figura que nasceu e se desenvolveu, noutros ordenamentos jurídicos, por força do labor jurisprudencial. Essa marca genética manifesta-se também em Portugal, na medida em que o desenvolvimento da figura, entre nós, é

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e investigadora do CIJE – Centro de Investigação jurídico-Económica da mesma Faculdade. Este trabalho corresponde ao texto que serviu de suporte escrito a uma sessão de formação do Centro de Estudos Judiciários que teve lugar no dia 26 de janeiro de 2018, no Palácio da Justiça no Porto.

¹ O estudo – que foi centrado na aplicação da figura no âmbito da responsabilidade civil médica – iniciou-se com a preparação da minha tese de mestrado e conduziu à publicação de uma monografia sob o título *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra n.º 15, Coimbra, Coimbra Editora, 2008. Para maiores desenvolvimentos sobre a noção, remetemos para esse estudo que preserva atualidade e a que, como se verá, voltaremos em alguns pontos por continuar a corresponder ao entendimento que temos sobre o assunto. Mais recentemente, foi dado à estampa, na obra em homenagem ao Senhor Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, um outro estudo, centrado na aplicação da figura no mesmo âmbito, “A perda de chance de cura ou sobrevivência: um remédio necessário para o funcionamento da responsabilidade civil médica? – a revisitação de um tema”, in *Direito da Saúde – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Almedina, Vol. II. Profissionais de Saúde e Pacientes. Responsabilidades, João Loureiro, André Dias Pereira e Carla Barbosa (coordenadores), Almedina, 2016, pp. 73 e ss.

profundamente influenciado pelo acolhimento que vem merecendo na jurisprudência portuguesa.

Para além destas observações introdutórias, o presente trabalho será dividido em 4 partes. Começaremos por dar conta da origem da figura, das razões que explicam o seu aparecimento e o sentido da evolução que vem caracterizando o seu acolhimento e desenvolvimento (II). De seguida, centraremos a nossa atenção nos requisitos que devem estar preenchidos para que a perda de uma chance mereça tutela reparatória (III). Depois, uma vez afirmada a sua reparabilidade, importa considerar as particularidades que a operação de cálculo do correspondente *quantum* reparatório apresenta (IV). Finalmente, terminaremos com breves observações conclusivas (V).

II. A emergência da noção de perda de chance e o crescente acolhimento jurisprudencial da mesma

2.1. A identificação do problema: a dificuldade na afirmação do nexos de condicionalidade

A noção da perda de chance² apareceu, como uma criação pretoriana³, para dar resposta a um dos problemas que resultam da (omni)presença da álea na realidade que o direito é chamado a conformar⁴. Na verdade, esta noção surgiu, no âmbito da responsabilidade civil⁵, por causa

² Apesar de ser também utilizada a expressão “perda de oportunidade”, a expressão “perda de chance” continua a ser predominante entre nós para designar a noção, encontrando inspiração na fórmula francesa: “*perte de chance*”. A chance, ainda que pressuponha a existência de uma oportunidade no sentido de significar que existe uma possibilidade de se alcançar algo, acentua mais, desde logo no plano terminológico, a ideia de imprevisibilidade associada ao decurso dos acontecimentos e, portanto, à concretização ou não da oportunidade. O vocábulo “chance” remete, então, para a *álea* que se encontra na vida quotidiana e de que falaremos em texto. Sobre estas considerações linguísticas que refletem a realidade substancial que o direito é chamado a regular, vide o nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado* cit., pp. 179 e ss.

³ Como pioneiras podem chamar-se à colação, por um lado, as decisões proferidas em França, pela *Chambre des Requêtes*, ainda no século XIX e no início do século XX – relativas à responsabilidade por danos decorrentes da impossibilitação culposa de um recurso e por danos verificados por atuações censuráveis que provocaram perdas relacionadas com corridas de cavalos – e, por outro lado, a decisão da *Court of Appeal* inglesa, proferida no caso *Chaplin v Hicks*, em 1911 – decisão relativa à exclusão indevida de uma candidata de um concurso e que é apresentada como sendo um “*leading case*” quanto às condições da reparação da perda de chance no ordenamento jurídico inglês e naquelas que são influenciados por este ordenamento, nomeadamente no âmbito da *Commonwealth*. Sobre estas decisões, vide o nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado* cit., pp. 192 a 198 e ss.

⁴ A convivência entre o direito e a *chance* (entendida nos termos referidos na nota 2) é um fenómeno transversal, manifestando-se em vários domínios. O direito acaba por assimilá-la, umas vezes no plano da disciplina convencional estipulada pelas partes contratuais (pense-se na aposição de uma condição num contrato), outras vezes através de um regime legalmente desenhado para o efeito (considere-se o regime consagrado para a hipótese de verificação de uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar).

⁵ Note-se que a dificuldade de que se fala em texto e que se manifesta no plano do funcionamento da responsabilidade civil para afirmar o direito ao ressarcimento do dano decorrente da perda de uma chance fez-se sentir (com tratamento dogmático anterior), em muitas das situações em que a perda de chance é convocada para o efeito referido, também a montante quando se pretendia caracterizar a posição jurídica daquele (por exemplo, o médico, o advogado, ...) que se vincula a uma determina prestação debitória cujo resultado é de consecução incerta. Falamos da problemática que subjaz à distinção entre obrigações de meios (ou diligência) e das obrigações de resultado. O problema a que esta classificação dá resposta é o mesmo que se encontra subjacente à figura da perda de chance: a presença de álea nos fenómenos que vão ser apreendidos juridicamente. Sobre a distinção entre obrigações de meios e de resultado, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. VI Direito das Obrigações. Introdução, Sistemas e direito europeu. Dogmática Geral*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 477 e

da dificuldade (impossibilidade) verificada na afirmação do nexo de causalidade entre um determinado ato que se equaciona ser fundante da responsabilidade do seu autor e a frustração da concretização, em detrimento da pessoa que se apresenta como lesado, de um determinado resultado futuro. Por o resultado ser de consecução incerta, não se consegue afirmar que, sem aquele ato, este resultado se teria efetivamente produzido. Não é possível, pois, dar por assente que o ato é condição necessária da produção do dano (da perda do resultado final) e, aceitando a vigência, entre nós, da exigência da condicionalidade⁶, o direito à reparação do dano é afastado.

O problema acabado de descrever foi detetado, no plano jurisprudencial, em variadas constelações fácticas⁷. Por um lado, pode convocar-se a hipótese de haver uma falha no cumprimento de um contrato de instalação de um dispositivo de alarme, num estabelecimento comercial em que vem a ocorrer um assalto, sem que o alarme funcione. Não se sabe se o funcionamento desse mecanismo seria suficiente para afastar os intrusos, impedindo a consumação dos seus intentos, nem se os valores subtraídos poderiam ter sido menores. Por outro lado, podem também considerar-se as questões surgidas no âmbito de procedimentos concursais em que um candidato é indevidamente excluído da participação nos mesmos. Não sendo possível determinar se, não tendo sido excluído⁸, o candidato teria sido o escolhido (ou um dos escolhidos), não se pode afirmar o nexo causal entre a exclusão e a não obtenção do resultado que a participação no concurso podia propiciar (um prémio monetário, uma promoção profissional⁹, a celebração de um contrato de trabalho, por exemplo¹⁰) e,

ss, JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. I e II, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, I, pp. 73-75 e II, pp. 357 e ss, NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, *Princípios de Direito de Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 32 e ss, e, quanto à responsabilidade civil do médico, JORGE RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, 2004, pp. 115 e ss. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado* cit., pp. 90 e ss.

⁶ Na verdade, qualquer que seja a teoria que se adote para afirmar o liame causal (teoria da causalidade adequada, teoria do fim de proteção da norma, teoria da adequação social, ...), ao Autores partem sempre da afirmação do nexo de condicionalidade. Ainda que não seja condição bastante é condição necessária da afirmação jurídica da causalidade. Assim, veja-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. VII. Direito das Obrigações. Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade Civil*, reimpressão da edição de 2010, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 531 e ss, em especial pp. 549 e 550; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, Vol. I, Reimpressão da 10.ª Ed.*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 881 e ss; JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações* cit., Vol. I, pp. 494 e ss; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, I. Introdução da Constituição das Obrigações, 13.ª Ed.*, Almedina, 2016, pp. 313 e ss. Para uma perspetiva diferente em matéria de causalidade que pode constituir uma alternativa à noção em análise, vide MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Responsabilidade Civil extracontratual. Novas Perspetivas em matéria de nexo de causalidade*, Principia, 2014, em especial pp. 199 e ss.

⁷ Na exposição que se segue, seguiremos a estruturação acolhida por HOLGER FLEISHER, “Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht”, in *Juristen Zeitung*, Ano 1999, Caderno (Heft) 15-16, pp. 767. Como veremos na subsecção 2.3., encontramos, na jurisprudência portuguesa, exemplos de todas as espécies de situações que vamos descrever. Para mais exemplos em que se pode equacionar a aplicação da perda de chance, considere-se SANDY STEEL, “Rationalising Loss of chance in Tort”, in *Tort Law: challenging orthodoxy*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, pp. 237-238.

⁸ E não sendo possível repetir o procedimento concursal, caso em que as consequências decorrentes do ato censurável seriam corrigidas *in natura*. Ou pelo menos parte dessas consequências, já que da dilação temporal gerada pelo ato desvalioso seguido de um novo concurso podem resultar danos que, pela mera repetição do mesmo, não são reparados (art. 566.º, n.º 1 e 2).

⁹ Em Itália, o desenvolvimento da perda de chance iniciou-se no âmbito do direito do trabalho, onde o valor da “profissionalidade” tem merecido grande desenvolvimento doutrinal e múltipla aplicação jurisprudencial. Como pioneira na tutela da perda de chance no domínio laboral aponta-se a decisão da *Corte de Cassazione Civile* n.º 6506, de 19 de dezembro de 1985. Nesse sentido, LUDOVICO BERTI, *Il nesso di causalità in responsabilità civile. Nozione, onere di allegazione e onere della prova*, Milão, Giuffrè Editore, 2013, p. 190.

¹⁰ Essa era a hipótese subjacente à decisão emblemática da *Court of Appeal* inglês no caso *Chaplin v Hicks*.

consequentemente, a pretensão reparatória pela perda desse resultado é denegada. Estes dois exemplos reconduzem-se ao que já foi apelidado como dano da perda de chance de um ganho¹¹.

Outra constelação fáctica em que a perda de chance se colocou respeita à perda de chance processual e concerne, pois, aos danos que podem emergir de atos praticados (ou omitidos) no âmbito da atividade dos advogados e que são suscetíveis de gerar responsabilidade dos mesmos. Trata-se de situações em que um causídico viola culposamente algum dos deveres a que se encontrava vinculado, seja à luz das *leges artis* que se lhe aplicam, seja ao abrigo do compromisso contratual assumido, verificando-se a improcedência da pretensão do respetivo cliente. Pense-se no caso de o advogado não apresentar algum elemento probatório no tempo em que era devido sem que tal falha possa ser corrigida, ou no caso de um recurso não ter sido apresentado ou ter sido apresentado de forma extemporânea. A falta de obtenção do resultado pretendido com a propositura da ação, com a apresentação da contestação ou do recurso pode ser imputada ao ato desvalioso daquele profissional? Se ele tivesse atuado como lhe era exigível, procederia a ação? Faria vencimento a contestação? Teria provimento o recurso? Uma resposta afirmativa a estas questões é frequentemente difícil de alcançar na medida em que existe um conjunto de fatores que podem influenciar o resultado final e que não são (nem podem ser) controlados pelo advogado: desde a conduta processual da outra parte, à (restante) atividade probatória que tenha sido desenvolvida, ao grau de convencimento que a mesma tenha logrado gerar no magistrado¹², até ao entendimento que o concreto juiz acolha sobre uma dada questão controvertida que seja decisiva para o sentido da decisão a proferir, passando pelo estado da doutrina e da jurisprudência no tempo e no lugar em que o juiz é chamado a pronunciar-se¹³. São, aliás, também estes fatores que explicam que a obrigação assumida pelo advogado seja, em regra, uma mera obrigação de meios ou de diligência. Na falta de afirmação do nexos de condicionalidade inexistente fundamento para a tutela indemnizatória pela perda do resultado que se pretendia obter com recurso à atividade do advogado.

Finalmente, uma outra constelação de situações fácticas que deve ser trazida à colação respeita à atividade de prestação de cuidados de saúde. Imagine-se que um profissional médico, por um ato ilícito e culposo¹⁴, erra num diagnóstico, prescreve uma terapia incorreta ou adia a implementação da terapia adequada¹⁵. Considere-se que o problema de saúde que o

¹¹ A expressão deve ser entendida em sentido amplo, englobando as situações em que se evita uma perda.

¹² Por exemplo, no caso da falta de apresentação irremediável de um dado elemento de prova, a restante prova produzida poderia comprometer o sucesso no pleito, mesmo que o elemento probatório tivesse sido apresentado. Por consequência, o dano da perda do resultado final ocorreria de qualquer modo.

¹³ A título ilustrativo, considere-se que mesmo que a ação ou o recurso tivessem sido interpostos tempestivamente e os elementos probatórios fossem devidamente apresentados, a interpretação que o juiz fizesse de uma norma ou o entendimento que por ele fosse sufragado num determinado assunto ditariam a improcedência da pretensão do cliente que se sente lesado. Nestes casos, não se poderia dizer que o ato censurável do advogado era a condição necessária do dano resultante da improcedência da sua pretensão, já que ela improcederia de qualquer modo.

¹⁴ Temos tido o cuidado de, nos exemplos que vamos fornecendo, deixar claro que, salvo no que concerne ao nexos causal, os demais requisitos de que depende o funcionamento da responsabilidade civil se encontram preenchidos. Assim, como, em regra (art. 483.º, n.º 2), a responsabilidade civil assenta na ocorrência de um ato ilícito e culposo, queremos sublinhar que não existem dúvidas quanto à verificação desses pressupostos. A este ponto voltaremos na subsecção 3.2.2 deste trabalho.

¹⁵ Na doutrina e na jurisprudência estrangeira, a aplicação da perda de chance no âmbito médico surge, frequentemente, a propósito da verificação de um erro (culposo e ilícito) de diagnóstico de doenças oncológicas.

doente pretendia que fosse resolvido não é debelado. Pode afirmar-se que, se o médico tivesse atuado como lhe era exigível, a cura ou a sobrevivência teriam ocorrido? Em regra, à luz da natureza (em larga medida probabilística) dos conhecimentos médicos e às dificuldades daí decorrentes no que respeita ao desenvolvimento da atividade probatória, não se alcança uma resposta positiva e a pretensão ressarcitória não merece acolhimento.

Em qualquer um dos grupos de situações acabadas de referir, falhando a afirmação do nexos causal, não se consegue reconhecer tutela indemnizatória àquele que se apresenta como lesado, mesmo que este seja bem-sucedido na demonstração da verificação dos demais pressupostos da sua pretensão ressarcitória. Poderia afirmar-se que se trata do resultado do *normal* funcionamento das regras da responsabilidade civil (art. 483 e ss ou 798 e ss do Código Civil Português¹⁶) conjugado com a devida aplicação das regras da distribuição do ónus da prova (art. 342.º e 487.º, n.º 1). Aquele que invoca o direito a ser indemnizado deve demonstrar os factos constitutivos desse direito, ie, os requisitos de que depende a afirmação de uma obrigação de indemnizar. Não se desembaraçando do encargo probatório que sobre ele impende, a sua pretensão seria denegada e a questão seria dada como encerrada. Nesse sentido, poderia até chamar-se a depor o princípio retor, neste domínio, que se sintetiza no brocardo latino “*casum sentit dominus*”, com o significado de que aquele que sofre um dano deve suportá-lo. Assim, não existindo (*rectius*, não se provando a existência de) um título jurídico que permita, *in casu*, fundamentar a responsabilização de um terceiro pelas consequências desvantajosas sofridas pelo lesado, não há lugar a ressarcimento do dano.

No entanto, nas situações em que a noção em análise foi convocada, – em primeira linha, pelos Tribunais (já que foi nas suas decisões que primeiro se detetou a presença da figura), e depois pela doutrina que a enquadrou dogmaticamente¹⁷ –, essa resposta não foi considerada suficiente. Tomou-se em consideração que o comportamento ilícito e culposo do agente¹⁸ potenciou a produção do dano verificado (ou, noutra perspetiva, diminuiu as chances de evitar a sua concretização). Sendo idóneo a produzir aquela espécie de danos consumados *in casu*, o ato aumentou o risco da sua produção. Por outro lado, considerou-se que, nas situações em análise, a aleatoriedade presente na realidade aliada à estreiteza da capacidade humana (apesar de todos os avanços que na ciência e na técnica se vêm fazendo¹⁹) em apreender o

Num estudo que congrega relatórios relativos a vários ordenamentos europeus, o caso de estudo n.º 17 corresponde, precisamente a uma *factispecies* dessa natureza e como se pode constatar a perda de chance é reparável em alguns ordenamentos, nomeadamente no francês, italiano, holandês e espanhol. VVAA, *Causation in Europea Tort Law*, Cambridge, MARTA INFANTINO e ELENI ZERVOGIANNI (editores), Cambridge University Press, 2017, pp. 558 a 584 e ss.

¹⁶ Doravante, usaremos a abreviatura CC para nos referirmos ao Código Civil Português de 1966, na versão hoje vigente. Ademais, prevenimos que, sempre que sejam citados artigos sem referência expressa ao diploma a que pertencem, deve entender-se que integram o referido Código.

¹⁷ Os ordenamentos francês e italiano são paradigmáticos desta evolução. Hoje a figura encontra-se consagrada em letra de forma nos Princípios UNIDROIT. Sobre a evolução, com referências doutrinárias abundantes, veja-se o nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado* cit., pp. 192 a 198 e 240 a 260.

¹⁸ Apesar de, por simplificação de discurso nos referirmos ao agente, abrangemos também as hipóteses em que o ato fundante constituir uma omissão.

¹⁹ Urge procurar limar as dificuldades advenientes da conjugação do conhecimento gerado noutras áreas científicas com a estrutura do raciocínio jurídico, sem que se produza uma dissolução das especificidades de cada área científica, nomeadamente a do direito. Referindo-se ao impacto e à possibilidade de melhorar as interações entre o direito e outras ciências, nomeadamente no âmbito da responsabilidade civil, considere-se a obra de CARL F. CRANOR, *Toxic Torts. Science, Law and the possibility of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

exato decurso dos acontecimentos ditava, em conjugação com as regras da distribuição do ónus da prova, que a dificuldade de afirmação do nexos causal beneficiasse precisamente aquele que, com o seu comportamento juridicamente reprovável, acrescentava maior dificuldade à operação de aferição da causalidade²⁰. Nos dois últimos grupos de situações – em que os atos fundantes da responsabilidade são praticados por profissionais – cresce que se detetavam situações de desnível (características do direito do consumo) em que a parte desfavorecida por este modo de funcionamento da responsabilidade civil²¹ era aquela que, sendo leiga, se encontrava numa situação de inferioridade no contexto contratual. Consequentemente, a conjugação de todos estes fatores, levava à conclusão de que a responsabilidade civil não estava a cumprir os fins a que se ordena, nomeadamente a finalidade de distribuição dos danos assente no princípio da culpa²².

2.2. A proposta de solução: a autonomização do dano da perda de chance

A preocupação de proteger o lesado, à luz da evolução *favor damnato* da responsabilidade civil, por um lado, e o fenómeno da democratização da responsabilidade profissional²³, por outro lado, conduziram a que se procurassem soluções para corrigir o problema detetado. Uma das soluções²⁴ gizadas com essa finalidade foi a de dar relevância, para efeitos ressarcitórios, à perda da possibilidade – à perda da chance – de obter o resultado final frustrado (evitar o assalto, ganhar o concurso, ganhar a ação, obter provimento no recurso, curar-se ou sobreviver, respetivamente, nos exemplos *supra* fornecidos).

²⁰ Reconhecendo que a ideia de redistribuição de riscos advenientes da incerteza na aferição da causalidade é o fundamento subjacente à noção da perda de chance, considere-se SANDY STEEL, *Proof of Causation in Tort Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 337 e ss.

²¹ Quando nos referimos ao modo de funcionamento da responsabilidade civil, abrangemos, não só as especificidades resultantes do teor das normas que compõem o regime respetivo e das consequentes exigências que delas se extraem (nomeadamente a forma de aferição da causalidade com necessidade de afirmação do nexos de condicionalidade), mas também, como resulta do que se acabou de dizer em texto, a forma de distribuição do ónus da prova que faz recair o encargo de demonstração do *iter* factual sobre a parte, que, na relação de prestação de assistência técnica (pelo advogado ou pelo médico), não é o especialista na matéria versada no caso. *Exime-se* desse encargo, portanto, aquele que será detentor dos conhecimentos técnicos – e, por isso, estará mais apto a carrear para o processo elementos que permitam esclarecer mais adequadamente o que ocorreu – e que praticou um ato desvalioso que é apto a gerar aquela espécie de danos.

²² Sobre o princípio “*casum sentit dominus*”, como manifestação do “risco geral da vida” e sobre a culpa “justificação originária da responsabilidade, EWALD HÖRSTER, “*Esboço esquemático sobre a responsabilidade civil de acordo com as regras do Código Civil*”, in *Estudos em comemoração do 10.º aniversário da Licenciatura em Direito*, Janeiro de 2004, Coimbra, Coimbra Editora, p. 326.

²³ Com derrocada de um conjunto de obstáculos que, tradicionalmente, se lhe opunham. No que respeita à responsabilidade do médico, *vide* o nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado* cit., pp. 23 a 88.

²⁴ Note-se que, sublinhando a falência da exigência do nexos de condicionalidade, nos termos tradicionais, (“a falta de determinismo da realidade impõe que a *conditio sine qua non* se exprima em termos probabilísticos, pelo que também na presença de uma só causa, não há evicção de toda a dúvida acerca da autoria da lesão, distinguindo-se as situações por uma questão de grau”, *Responsabilidade Civil extracontratual. Novas Perspetivas em matéria de nexos de causalidade* cit., p. 233.) MAFALDA MIRANDA BARBOSA, apresenta uma nova forma de perspetivar a causalidade que permitirá ultrapassar o problema identificado. *Responsabilidade Civil extracontratual. Novas Perspetivas em matéria de nexos de causalidade* cit., *passim*. Diferentemente, sem a mudança no plano substancial, têm sido gizadas soluções que atuam ao nível do ónus da prova (facilitando-o ou invertendo-o). Referindo-se ao problema do ónus da prova nas ações de responsabilidade civil por atos médicos e à soluções propugnadas para facilitar o encargo probatório do paciente, *vide* MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O ónus da prova nas ações de responsabilidade civil por atos médicos*, Coimbra, Almedina, 2005.

Pôs-se em destaque, então, a situação intercalar: aquela em que o lesado (aquele que adquiriu o sistema de alarme, o participante no concurso, o cliente ou o doente que se dirigem ao advogado ou ao médico, respetivamente, solicitando os seus serviços especializados) se encontrava quando o ato de terceiro fundante de responsabilidade civil intercetou o decurso dos acontecimentos. Aquele sujeito encontrava-se num estado que lhe propiciava possibilidades – *chances* – de alcançar um determinado resultado favorável. Por força de um comportamento de outra pessoa que reveste as características previstas na lei para poder constituir um ato fundante de responsabilidade (em regra, à luz, do art. 483.º, n.º 2, deverá ser um ato qualificado como ilícito e culposo), aquelas possibilidades são destruídas²⁵ – dá-se o dano da perda da chance.

Assim, o não funcionamento do alarme terá provocado a perda de possibilidade de evitar o roubo ou pelo menos parte das suas consequências desvantajosas. A exclusão do concurso determinou a frustração das chances que o concorrente tinha de alcançar o objetivo que a participação no concurso propiciava. A não apresentação do elemento probatório, a falta de contestação, a não propositura (atempada) do recurso, determinaram a perda das possibilidades que a parte tinha de ver a sua posição vencer em juízo. Finalmente, o atraso no diagnóstico acarretou a destruição (de todas ou algumas) das chances de o doente ver o seu problema de saúde debelado.

Cumprido, desde já, sublinhar que, para que o dano da perda de chance possa relevar para efeitos ressarcitórios, é necessário que, por um lado, a pessoa que se apresenta como lesado demonstre que era detentora de reais chances de alcançar o resultado final pretendido e, por outro lado, que as mesmas se perderam por causa do ato daquele que entende dever ser responsabilizado²⁶.

Assim, se não existiam possibilidades de evitar o assalto, de vencer o concurso, de a posição da parte processual fazer vencimento ou de o doente se curar, inexistiam chances cuja perda possa ser imputada a terceiro.

Já se for afirmada a existência de chance e, conseqüentemente, perspectivada a sua perda como um dano, cumprirá averiguar se todos os pressupostos de que depende a afirmação da responsabilidade civil se encontram reunidos no caso em apreço. E um deles é o do nexo de causalidade entre o ato fundante de responsabilidade e o dano produzido. Ora, era precisamente esse requisito que, como vimos *supra* na subsecção 2.1., colocava dificuldades, nomeadamente por impossibilidade de afirmação do nexo de condicionalidade entre o ato e a perda do resultado final. Ora, mudando a perspectiva, o obstáculo é (mais facilmente) superado. Na verdade, para além da idoneidade, em abstrato, dos atos da natureza dos que

²⁵ Perdem-se todas as chances ou algumas delas. Neste último caso, o sujeito ainda poderia alcançar o resultado final pretendido, mas as condições em que o procura alcançar são agora mais desfavoráveis. Pense-se no caso de se verificar um atraso (ilícito e culposo) no diagnóstico da doença de que o doente padece. No momento em que a implementação da terapia adequada ao caso ocorre, o estado de saúde do doente é mais débil e ele tem chances inferiores de se curar. O ato ilícito e culposo do profissional médico ditou, então, a frustração de parte das chances que o doente tinha de se curar. Se a cura não sobrevier, e mesmo que não se consiga imputar a falta de cura ao médico, pode equacionar-se, à luz da noção em análise, a sua responsabilização pelo dano da perda de chance.

²⁶ A estas duas exigências voltaremos *infra* na secção 3 deste trabalho. Não podíamos, no entanto, deixar de fazer estas duas prevenções, de imediato.

foram adotados para a produção daquela espécie de dano (da perda de chance de evitar o dano final), caberá ao lesado (*ex vi* do art. 342.º) demonstrar que, em concreto, o ato do terceiro destruiu (algumas ou todas) as chances de evitar a perda do resultado final pretendido. Haverá, então, que provar que o concreto ato de instalação deficiente do alarme ou de exclusão indevida do concurso e os concretos comportamentos desvaliosos do advogado e do médico destruíram, respetivamente, (algumas ou todas) as chances de evitar o assalto, de ganhar o concurso, de ver a posição pretendida ser judicialmente acolhida ou de alcançar a cura ou sobrevivência. O encargo probatório é, em qualquer caso, bem mais leve do que aquele que existiria em caso de ser indispensável provar que aqueles comportamentos em concreto são a condição necessária da perda dos resultados finais correspondentes.

O recurso à noção da perda de chance possibilitará, então, deslocar a aleatoriedade inerente ao encadeamento de acontecimentos para a entidade, cujo desaparecimento constitui o dano, desembaraçando, portanto, o nexos causal da incerteza que impedia a formulação de um juízo firme sobre a condicionalidade. Verifica-se, assim, uma transferência do nível em que a incerteza se manifesta. Incorporando-a no bem lesado (possibilidade real de alcançar o resultado pretendido) eliminam-se as dificuldades que a sua presença teria no que concerne à afirmação do nexos causal (por não se conseguir afirmar que, sem a adoção do comportamento fundante da responsabilidade civil de terceiro, esse resultado teria sido atingido). Como já afirmámos noutra parte, através da noção da perda de chance “faz-se «avançar» a incerteza do encadeamento causal dos acontecimentos – e, portanto, do âmbito do «*an respondeatur*» – para o da valoração dos danos – e, portanto, para o âmbito do «*quantum respondeatur*»”²⁷.

O que no raciocínio subjacente à noção da perda de chance se evidencia é que, não obstante a incerteza presente nas situações fácticas em análise, existem alguns elementos que se revestem de certeza e que não poderão ser ignorados – a comprovação da existência efetiva de uma possibilidade e o seu malogro por ato de terceiro suscetível de gerar a responsabilização do mesmo. A destruição dessa possibilidade é, então, em certas circunstâncias – verificados certos requisitos, como veremos na secção 3 deste trabalho – perspectivada como um dano.

A noção da perda de chance aparece, assim, como um mecanismo de resolução, *de iure constituto*, de um problema que se detetou na operação de aplicação do instituto de responsabilidade civil a situações fácticas em que a presença da álea é muito elevada, impossibilitando um juízo positivo de condicionalidade²⁸. Note-se que, apesar de o problema a que a figura veio dar resposta se reportar à afirmação do nexos de causalidade, a resolução opera ao nível de outro pressuposto da responsabilidade civil: o dano²⁹. Identifica-se, para o efeito, um dano novo, distinto do dano da perda do resultado final (também denominado

²⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado* cit., p. 408.

²⁸ Não é a única resposta. Para além das que são enunciadas na nota 24, pense-se na consagração do regime de responsabilidade objetiva, em determinados âmbitos, associada à implementação do mecanismo do seguro. No âmbito da responsabilidade médica, vide CARLA GONÇALVES, *Responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

²⁹ Em sentido semelhante, resultando de um juízo comparativo a partir de dados de ordenamentos jurídicos europeus, vide MARTA INFANTINO e ELENI ZERVOGIANNI, in “The comparative Assessment”, in *Causation in European Tort Law* cit., pp. 644 e ss.

dano final). A este propósito, cumpre fazer duas precisões, uma quanto à novidade que a figura encerra e, outra quanto à autonomia do dano que, através dela, vai ser ressarcido.

Quanto ao primeiro ponto, importa sublinhar que o reconhecimento de relevância jurídica às chances não é uma originalidade da figura³⁰. Na verdade, as chances, a cuja perda, através desta noção, se dá cobertura ressarcitória, já relevavam, por exemplo, como objeto de obrigações jurídicas. Na verdade, considerando a atividade a que os advogados e os médicos se vinculam, sabemos que muitos dos comportamentos devidos corporizam o que só denominar-se obrigações de meios. E é assim, porque, nos âmbitos respetivos, a presença da álea impede que se possa entender que a mera não obtenção do resultado pretendido com a atuação daqueles profissionais significa uma situação de incumprimento pela qual o devedor deva ser responsabilizado. Eles comprometem-se a envidar os seus esforços, a aplicar o seu cuidado, a empregar a perícia que foram treinando, a utilizar o conhecimento e as técnicas que as respetivas ciências colocam à sua disposição, respeitando as *leges artis*, em ordem a prestar um serviço especializado de qualidade idóneo a promover o objetivo que aquele que recorreu à sua assistência pretende alcançar. Por outras palavras, aqueles profissionais comprometem-se a aproveitar o pecúlio de chances que o cliente ou doente apresentam, em ordem a promover a transformação das chances existentes de obtenção do resultado final em realidade (no ganho da causa ou na cura ou sobrevivência). Do mesmo passo, vinculam-se à obrigação de não delapidar, por sua culpa, o pecúlio de chances de que aqueles sujeitos dispõem³¹. Quando as chances – que já eram valiosas para o direito por serem objeto da prestação debitória cujo cumprimento é devido³² – são destruídas por um comportamento suscetível de desencadear responsabilidade civil, estamos precisamente perante situações que convocam a aplicação da noção da perda de chance.

Quanto ao segundo aspeto, devemos atentar na especificidade do dano da perda de chance. Trata-se de um dano diferente do dano resultante da perda do resultado final (que a chance propiciava). Nesse sentido, afirmamos a sua autonomia. Mas essa afirmação tem que ser entendida à luz da natureza relacional do dano da perda de chance. A chance não tem razão de ser *per se*. A chance só releva por referência ao fim a que se preordena. A chance é sempre chance de alguma coisa, de um resultado específico. Carece sempre de um complemento determinativo que se concretiza com referência ao resultado final. A chance é chance de evitar o assalto, chance de ganhar o concurso, chance de obter provimento na ação, na contestação, no recurso ou ainda, sem sair dos exemplos com que vimos pontuando o nosso discurso, é chance de cura ou sobrevivência. Por isso, apesar da autonomia, o dano da perda de chance

³⁰ Não é uma originalidade da figura, por, como se refere, de imediato em texto, não ser a primeira figura em que as chances ganham relevo na cidadela jurídica. Não é uma originalidade da figura, porque, como se precisará em texto e se desenvolverá na subsecção 3.2.1., a chance cuja perda origina o direito à reparação tem que ter relevo jurídico antes da sua perda se verificar.

³¹ Julgamos que, se a primeira obrigação (de fazer florescer as chances) é de meios, esta obrigação (de não delapidar por sua culpa as chances existentes) é uma obrigação de resultado. Nesse sentido, a propósito da atividade do médico, vide o nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado* cit., pp. 115 a 125.

³² Como veremos, na subsecção 3.2.1., esse é um requisito incontornável para que a perda de chance possa ser objeto de ressarcimento: a chance, antes de que a sua perda releve para efeitos ressarcitório, deve já merecer tutela do direito. A noção da perda de chance não deve servir para fazer relevar, ao nível reparatório, realidades (aleatórias) que, antes e independentemente da sua perda, não têm relevo jurídico.

tem por referência o dano da perda do resultado final³³. Tal reflete-se, de forma impressiva, na operação de cálculo do respetivo *quantum* reparatório, como veremos *infra* na secção 4 deste trabalho.

2.3. O acolhimento da noção na jurisprudência portuguesa

A par da maior reflexão sobre o assunto, na doutrina portuguesa³⁴, nos últimos anos, o dano da perda de chance tem recebido atenção crescente por parte da nossa jurisprudência. Na verdade, encontramos numerosas decisões em que a ressarcibilidade da perda de chance é ponderada, discutida e, num número crescente de arestos, acolhida. Ainda que a aceitação não seja, ainda hoje, pacífica, como veremos, deteta-se uma alteração da perspetiva sobre a figura³⁵, como se pode, aliás, ler no muito recente Acórdão da Relação do Porto de 28 de novembro de 2017³⁶ em que se afirma estar “*praticamente superada alguma resistência, em especial na jurisprudência no reconhecimento da validade desse instituto como possível fundamento de responsabilidade civil*”.

Por outro lado, é de sublinhar que existem, espécimes judiciais que permitem confirmar que a figura vem sendo considerada, judicialmente, ainda que nem sempre acolhida, no âmbito dos três núcleos de *factispecies* que enunciámos *supra* na subsecção 2.1.³⁷

Na verdade, quanto ao primeiro núcleo – da perda de chance de um ganho – podemos chamar à colação o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de julho de 2015³⁸, em que se

³³ A conexão irrefragável manifesta-se também no facto de, se o dano da perda do resultado final for ressarcível, nomeadamente por se conseguir afirmar o nexos causal entre ele e o ato fundante da responsabilidade civil, a reparação do dano da perda de chance não poder ser afirmada. O dano da perda de chance é o dano da perda de chance de obter o resultado final. Se a falta do resultado final é objeto de ressarcimento, o lesado torna-se indemne. Produz-se o esvaziamento do relevo jurídico do dano da perda de chance.

³⁴ Sem pretensão de esgotar o enunciado dos trabalhos doutrinários que se debruçam sobre a figura, podem enunciar-se os seguintes: JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance”, in *Cadernos de Direito Privado*, número especial 2, dezembro de 2012, pp. 17 e ss, NUNO SANTOS ROCHA, “A «perda de chance» como uma nova espécie de dano”, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2015, PAULO MOTA PINTO, “Perda de chance processual”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 145.º, Março-Abril de 2016, pp. 174 e ss; RUI CARDONA FERREIRA, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, 2013, Vol. IV, pp. 1301 e ss, e, do mesmo Autor, “A perda de chance – análise comparativa e perspetivas de ordenação sistemática”, in *O direito*, 144.º, 2012, pp. 29 e ss. Considerem-se, também, as observações reflexivas de CARNEIRO DA FRADA, *Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, 2.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 103 a 105, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações* cit., pp. 307 e ss, e PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e interesse contratual positivo*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 1103 e ss.

³⁵ Uma descrição sintética da evolução encontra-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20 de outubro de 2016 (Processo n.º 2967/2012: Relator Desembargador MARIA JOÃO MARQUES PINTO DE MATOS), num caso em que o advogado informou erradamente que não era possível recorrer da decisão judicial por força do valor da causa ser inferior à alçada do Tribunal. Este acórdão encontra-se disponível na base de dados no endereço www.datajuris.pt.

³⁶ O acórdão reporta-se ao Processo n.º 287/13.9T2AND.P1 e o Relator foi o Desembargador RUI MOREIRA. A decisão encontra-se acessível no *site* com o endereço www.dgsi.pt. Aliás, todas as decisões que sejam citadas ou referidas neste trabalho encontram-se disponíveis no mesmo sítio da internet, salvo se for dada indicação de outro local de acesso à mesma e foram acedidas pela última vez no dia 31 de julho de 2018.

³⁷ Nesta subsecção procuraremos ilustrar o acréscimo de presença da noção de perda de chance na jurisprudência portuguesa. Não significa que todos os Acórdãos referidos – como procuraremos explicitar – acolham a figura, nem que concordemos com a aplicação da noção em todos os Acórdãos em que a mesma foi aplicada. A aplicação da figura pressupõe a reunião dos pressupostos de que falaremos na secção 3 deste trabalho.

discutiu uma situação idêntica à que inspirou o exemplo que gizámos *supra* e em que, tendo-se dado como provado o incumprimento das obrigações que para uma empresa de alarmes emergiam de um contrato de “Instalação e Serviços de Manutenção, Ligação à Central de Alarmes e de Serviço de Intervenção Opcional”, se concluiu que “apesar de não ser possível afirmar que o funcionamento do alarme evitaria a acção (furto), ficou certo que a conduta omissiva da ré fez perder a autora a chance de, através do accionamento do alarme, evitar um prejuízo, isto é, a concretização do furto ou pelo menos evitar a extensão dos danos”. Também no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de abril de 2016³⁹ se discutiu a perda de chance de um ganho. No caso *sub iudice*, tratava-se de uma situação, em que se provou que, no âmbito de um contrato individual de trabalho, se verificou assédio moral sobre um trabalhador que experimentou longos períodos de inatividade e transferências sucessivas de gabinete. Para além da compensação pelos danos não patrimoniais sofridos, o trabalhador pretendia ser indemnizado pelo dano da perda de ganho por não ter podido ascender na carreira, nomeadamente por não ter sido promovido a uma categoria profissional superior o que, segundo ele, teria acontecido em condições normais, se lhe tivesse sido atribuída a realização de atividades consentâneas com a função para que fora contratado. Como a referida promoção não operava automaticamente, cabia ao lesado (art. 342.º) alegar e provar o dano referido, nomeadamente as possibilidades perdidas, à luz do processo evolutivo de acontecimentos que hipoteticamente teria ocorrido não fosse o assédio moral⁴⁰. Numa situação paralela, recorrendo à noção da perda de chance, o Supremo Tribunal Administrativo, por Acórdão de 24 de outubro de 2006⁴¹, reconheceu que constituía um dano indemnizável a perda da possibilidade de promoção (a “Cabo”) e a exclusão da possibilidade ulterior de progressão na carreira com as inerentes remunerações superiores, num caso em que um soldado da Guarda Fiscal foi afastado compulsivamente de forma ilegal durante 10 anos. Na

³⁸ O acórdão reporta-se ao Processo 6987/13.6TBOER.L1-1 e o relator foi o Desembargador MANUEL MARQUES. Uma hipótese equivalente subjaz à decisão da *Cour de Cassation* de 17 de Maio de 1988, em que colocou a questão da reparação da “*perte d’une chance d’éviter le vol ou d’en limiter les conséquences dommageables*”. A decisão é comentada por Patrice JOURDAIN, in «*Responsabilité civile*», in *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, n.º 88 (1) Janeiro-Março 1989, pp. 83 e ss.

³⁹ O acórdão reporta-se ao Processo n.º 79/13.5TTVCT.G1.S1 e a relatora foi Conselheira ANA LUÍSA GERALDES.

⁴⁰ O Supremo Tribunal não rejeitou a possibilidade de ressarcimento do dano da perda de chance em abstrato. Considerou, no entanto, que, *in casu*, o Autor não se tinha desembaraçado do encargo probatório que sobre ele recaía, concluindo não ser possível reconhecer ao Autor “o direito a ser promovido à pretendida categoria profissional” nem, por consequência o direito “às diferenças remuneratórias relativas à perda de ganho pela sua não promoção”. Sem que se ponha em causa o acerto da decisão, sempre se dirá que o dano da “perda de chance” não pressupõe, tal como o entendemos, a prova do direito à promoção. Na verdade, se se provasse o direito à promoção e a consequente violação desse direito, o trabalhador teria direito aos salários cessantes. A reparação dos lucros cessantes enquadra-se numa situação em que se reconhece o direito ao ressarcimento pelo dano decorrente da perda do resultado final. Como procurámos explicar na subsecção anterior, o dano da perda de chance não se confunde com esse dano, constituindo um dano decorrente da afetação da situação intercalar (a chance), que sendo uma situação existente, representará um dano emergente (e não um lucro cessante). Por isso, não é necessário provar o direito ao resultado final, mas antes a existência de chances reais de obter o resultado final e que essas chances merecem a proteção do direito. Não me parece que, *in casu*, se tivessem provado as referidas chances, nem que fosse pacífica a afirmação de que mereciam a tutela jurídica, nomeadamente reparatória. No ordenamento italiano, o dano da “*perdita di chance lavorativa*” (“*danno per la subita perdita di chance di progressione di carriera*”) ganhou muito protagonismo, quer no âmbito das relações laborais de direito privado, nomeadamente no contexto de situações de “assédio moral” (“*mobbing*”), quer no âmbito de relações de direito público, em situações de procedimento concursais inquinados por vícios que determinam a exclusão (ou graduação incorreta) indevida de candidatos. Veja-se, no site do respetivo Tribunal (no endereço <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>), a decisão da *Corte di Cassazione, sezione lavoro*, Sentenza n. 8443 de 5 de abril de 2013 relativa ao ressarcimento do “*danno da perdita di chance*” num caso de exclusão imotivada de uma promoção a dirigente.

⁴¹ O acórdão reporta-se ao Processo 0289/06 e a Relatora foi a Conselheira FERNANDA XAVIER.

esteira desta linha de raciocínio, o Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão de 29 de novembro de 2012⁴², aceitou o ressarcimento da perda de chances, no plano profissional, por exclusão indevida, por razões de saúde, com base numa deliberação proferida por Junta médica homologada pelo Comando Geral da GNR que não foi convenientemente impugnada através dos serviços da Associação dos Profissionais da Guarda. No mesmo núcleo fáctico, foi discutida a ressarcibilidade da perda de chance a propósito da exclusão de candidatos de procedimentos concursais. Como se pode ler no Acórdão Tribunal Central Administrativo Sul de 8 de setembro de 2011⁴³, “o afastamento ilegal de um candidato a um concurso com perda da oportunidade de nele poder obter um resultado favorável constitui um dano indemnizável”. Pode também citar-se, a título ilustrativo⁴⁴, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 30 de setembro de 2014⁴⁵ em que a problemática se colocou por força da exclusão da recorrente das posições elegíveis em concurso para atribuição, pelo Instituto Português de Arte Cinematográfica, de apoio financeiro à produção cinematográfica⁴⁶.

Quanto ao segundo núcleo, relativo à perda de chance processual, assiste-se a um crescimento muito acentuado do número dos Acórdãos em que é discutida a sua ressarcibilidade. Percebe-se, também, que há, nos Tribunais superiores portugueses, uma aceitação muito consistente da suscetibilidade de reparação de tal dano no que respeita à responsabilidade civil do advogado. A este propósito e sem intenção de enunciação exaustiva, atestamos a tendência detetada na jurisprudência portuguesa com a referência a alguns acórdãos. Como exemplos de decisões de Tribunais superiores em que se expressa a aceitação da ressarcibilidade da perda de chance processual por violação dos deveres na execução do mandato pelo advogado, citamos os seguintes Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça⁴⁷, centrando-nos apenas nos

⁴² O acórdão reporta-se ao Processo 29/04.0TBAFE.P1.S1 e o Relator foi Conselheiro OLIVEIRA VASCONCELOS. Neste caso confluía, aqui, a perda de chance processual (que reconduzimos a uma segundo núcleo fáctico), já que o que se censurava era a falta de impugnação atempada da referida deliberação.

⁴³ O acórdão reporta-se ao Processo n.º 06762/10 e o Relator foi o Conselheiro FONSECA DA PAZ.

⁴⁴ É também a problemática da perda de chance que subjaz à decisão do Supremo Tribunal Administrativo de 22 de março de 2018, no Processo n.º 0279/18 (Relator Conselheiro COSTA REIS).

⁴⁵ O acórdão reporta-se ao Processo 0820/14 e o Relator foi o Conselheiro ALBERTO AUGUSTO OLIVEIRA. O Supremo Tribunal Administrativo não chegou a pronunciar-se sobre a questão, negando a revista, por a tese da perda de chance só ter sido apresentada perante o Supremo Tribunal administrativo, sem ter sido equacionada antes, nem na primeira instância, nem perante o Tribunal Central. Assim, tratou-se de matéria sobre que não chegou a existir qualquer discussão nos autos e que assentou em pressupostos diferentes dos alegados anteriormente.

⁴⁶ Constata-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo uma aceitação crescente, nomeadamente no que respeita à responsabilidade civil extracontratual do Estado. CARLOS CADILHA, in *Regime da responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas - Anotado*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 98 e ss.

⁴⁷ Quanto a Acórdãos dos Tribunais da Relação, podem citar-se também sem intenção de enunciação exaustiva: dois Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora de 14 de setembro de 2017, um proferido no Âmbito do Processo n.º 1531/14.0TBLL.E1, cujo Relator foi Desembargador MANUEL BARGADO (por falta de contestação em ação de reivindicação a restituir o bem – em que se requereu a restituição de uma fração autónoma por parte do comprador de fração autónoma que lhe havia sido vendida pelo ex-marido da autora) e outro proferido no Processo n.º 1633/13.0TBSTR.E2, em que foi relator o Desembargador SÍLVIO SOUSA (em que se discutiu a responsabilidade de um gente de execução); o já citado Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20 de outubro de 2016 (Processo n.º 2967/2012 em que foi relatora a Desembargadora MARIA JOÃO MARQUES PINTO DE MATOS); o também já citado Acórdão da Relação do Porto de 28 de novembro de 2017 (Processo n.º 287/13.9T2AND.P1; Relator Desembargador RUI MOREIRA) e o Acórdão da Relação do Porto de 23 de junho de 2015 (Processo n.º 591/14.9TBVLG.P1; Relator Desembargador FRANCISCO MATOS), por falta de apresentação tempestiva da reclamação do despacho que não admitiu o recurso e do próprio recurso do despacho que ordenou a emissão dos mandados de detenção para cumprimento da pena; e, finalmente, o Acórdão da Relação de Lisboa de 30 de junho de 2015, por falta de contestação.

últimos 5 anos⁴⁸: os Acórdãos de 30 de novembro de 2017⁴⁹, 11 de janeiro de 2017⁵⁰, o Acórdão de 5 de maio de 2015⁵¹, o Acórdão de 30 de abril de 2015⁵², o Acórdão de 30 de setembro de 2014⁵³, o Acórdão de 1 de julho de 2014⁵⁴, Acórdão de 6 de março de 2014⁵⁵, o Acórdão de 14 de março de 2013⁵⁶, e o Acórdão de 5 de fevereiro de 2013⁵⁷.

O panorama é muito diferente quanto ao terceiro núcleo *supra* referido. Nem a discussão da ressarcibilidade do dano da perda de chance de cura e sobrevivência parece ser tão frequente, nem a perspetiva assumida pela jurisprudência sobre o assunto é do mesmo calibre. Na verdade, apesar da aceitação crescente no que respeita à responsabilidade do advogado, o cenário é muito diferente quanto à responsabilidade do médico⁵⁸: o sentido maioritário é ainda de não aceitação da ressarcibilidade do dano da perda de chance de cura ou sobrevivência⁵⁹. De qualquer modo, há que recordar uma decisão que mereceu muito destaque e que constituiu, no nosso ponto de vista, um caso paradigmático de uma boa aplicação da noção no âmbito agora em referência. Falamos da Sentença da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa⁶⁰ de 23 de julho de 2015⁶¹ e que

⁴⁸ Imediatamente antes, ao nível da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de, poderia citar-se ainda o Acórdão de 10 de março de 2011 (Processo n.º 9195/03.0TVLSB.L1.S1; Relator Conselheiro TÁVORA VÍTOR), em que ocorreu a falta de pagamento das taxas de justiça devidas num incidente de letra o que impossibilitou em definitivo a apreciação judicial da questão e o Acórdão de 28 de setembro de 2010 (Processo n.º 171.2002.S1; Relator Conselheiro MOREIRA ALVES).

⁴⁹ O acórdão reporta-se ao Processo n.º 12198/14.6T8LSB.L1.S1 e foi relatado pelo Conselheiro Tomé Gomes. Apesar de aceitar o ressarcimento da perda de chance processual, que considera ser hoje a tendência na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, não considerou que, *in casu*, houvesse lugar ao ressarcimento pela sua perda, dada que o Autor não conseguiu provar “a suficiente probabilidade do sucesso do recurso deixado de interpor” a que acresceu a “própria improbabilidade de tal sucesso ajuizada pela Relação (...) sem que se evidencie, minimamente, erro de direito na apreciação das provas ou na interpretação e aplicação do quadro normativo convocado”.

⁵⁰ O acórdão reporta-se ao Processo n.º 540/13.1T2AVR.P1.S1 e o Relator foi Conselheiro ALEXANDRE REIS. Tratava-se de uma situação em que o recurso foi apresentado extemporaneamente e se discutia o dano da perda de chance de uma decisão mais favorável em processo penal, por aplicação da suspensão da execução da pena de prisão em que o autor havia sido condenado.

⁵¹ O acórdão reporta-se ao Processo 614/06.5TVLSB.L1.S1 e o relator foi Conselheiro SILVA SALAZAR.

⁵² O acórdão reporta-se ao Processo 338/11.1TBCVL.C1.S1 e a relatora foi a Conselheiro MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA.

⁵³ O acórdão reporta-se ao Processo 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1 e o relator foi o Conselheiro MÁRIO MENDES.

⁵⁴ O acórdão reporta-se ao Processo 824/06.5TVLSB.L2.S1 e o Relator foi o Conselheiro FONSECA RAMOS.

⁵⁵ O acórdão reporta-se ao Processo 23/05.3TBGRD.C1.S1 e o Relator foi o Conselheiro PINTO DE ALMEIDA.

⁵⁶ O acórdão reporta-se ao Processo 78/09.1TVLSB.L1.S1 e a relatora foi a Conselheiro MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA.

⁵⁷ O acórdão reporta-se ao Processo 488/09.4TBESP.P1.S1 e o relator foi o Conselheiro HÉLDER ROQUE.

⁵⁸ Trata-se de um movimento que foi detetado noutros países e tem sido explicado pela maior facilidade na aceitação e apreciação da chance, estando em causa matérias de natureza jurídica em que o julgador é especialista.

⁵⁹ Apesar de no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2010 (Processo n.º 1410/04.0TVLSB.L1.S1; Relator Conselheiro AZEVEDO RAMOS) se incluir, nos casos de aceitação da ressarcibilidade da perda de chance, precisamente uma hipótese (paradigmática, diríamos) relativa à perda de chance no âmbito da responsabilidade civil do médico: “Só em situações pontuais ou residuais pode ser atendida, tais como em situações em que ocorre a perda de um bilhete de lotaria, ou em que se é ilicitamente afastado de um concurso, ou do atraso de um diagnóstico médico que diminuiu substancialmente as possibilidades de cura de um doente”. Esta enunciação não encontra reflexo na jurisprudência portuguesa, na medida em que os casos mais abundantes de reconhecimento da perda de chance referem-se à responsabilidade do advogado que não era incluída no elenco oferecido pelo Tribunal e não há ainda, nos Tribunais Superiores, rasto da aceitação da figura no âmbito da atividade médica como se admitia no Acórdão acabado de citar.

⁶⁰ Não podemos também deixar de referir o voto de vencido do Senhor Conselheiro OLIVEIRA VASCONCELOS no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2009 (processo n.º 08B1800) em que, divergindo do sentido acolhido no Acórdão, se pronunciou no sentido da admissibilidade do ressarcimento do dano da perda de chance.

transitou em julgado sem que dela tivesse sido interposto recurso. Na situação em causa, uma doente desloca-se à urgência de uma instituição hospitalar privada, verificando-se – como ficou provado em juízo – uma omissão culposa de diagnóstico de uma pneumonia por parte do médico que a observou. O diagnóstico correto faz-se várias (cerca de 9) horas mais tarde, mas a doente falece dezasseis dias depois, por choque séptico. Os dados fornecidos pela ciência médica e carreados para o processo permitem concluir que a septicemia tem um desenvolvimento muito rápido, sendo fatal se não for tratada a tempo e que o principal fator que determina a evolução da mesma é o diagnóstico atempado. Fica também demonstrado que as possibilidades de sobrevivência diminuem com o decurso do tempo: numa septicemia grave diagnosticada na primeira hora, a probabilidade de sobrevivência é de quase 80%; passadas 3 horas, essa probabilidade desce para cerca de 40%; e ao fim de 12 horas reduz-se para apenas 20%. Munido destes dados, o tribunal chamou à colação a figura da perda de chance, aplicando-a por entender que estavam verificados os requisitos de ressarcimento deste dano intermédio, nomeadamente por dar por verificado onexo causal entre o facto ilícito e culposo e o dano da perda de chance de sobrevivência. Assim, condenou o Autor a pagar uma indemnização, com base em responsabilidade contratual, por cumprimento defeituoso causador do dano da perda de chance de sobrevivência.

Excluído o último âmbito acabado de referir, considerando as decisões proferidas nos últimos anos, julgamos poder afirmar, como referimos *supra*, que se verifica uma tendência de aceitação crescente da noção da perda de chance na nossa jurisprudência, embora ainda não haja uma aceitação unânime.

III. Pressupostos da ressarcibilidade da perda de chance

Depois de nos termos referido às razões que justificaram a emergência da ressarcibilidade do dano da perda de chance e de termos delineado, em traços largos, as características da figura e a evolução que o acolhimento da mesma tem tido na jurisprudência portuguesa, importa, agora, determo-nos nos pressupostos de que depende a ressarcibilidade da perda de chance. Também, aqui, ilustraremos as nossas observações com recurso a dados extraídos da jurisprudência portuguesa.

De forma sintética, podemos afirmar que a ressarcibilidade da perda de chance, como uma espécie autónoma de dano, pressupõe a existência (*rectius*, a demonstração) da existência uma chance (merecedora de tutela jurídica) que se perde por ato imputável a terceiro em que se reúnam os requisitos da responsabilidade civil, na modalidade que ao caso seja aplicável. Dedicaremos as próximas duas subsecções a estas exigências.

⁶¹ A sentença foi proferida pela então Juíza (hoje Desembargadora) Higinia Castelo, no processo n.º 1573/10.5TJLSB e encontra-se disponível, na internet, no endereço: http://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_perdachance.pdf.

3.1. A demonstração da existência da chance

3.1.1. A chance como uma entidade dotada de aleatoriedade

Por um lado, tem que ser demonstrada a existência de uma chance juridicamente relevante⁶². Assim, é imperioso que exista um determinado resultado positivo futuro que pode vir a verificar-se, mas cuja verificação não se apresenta certa, antes sendo de consecução aleatória. A este propósito, duas prevenções têm que ser feitas.

Por um lado, para que a noção da perda de chance funcione, é necessário que o resultado final não seja *in casu* de verificação certa. Se essa hipótese ocorrer, o lesado terá direito ao resultado final e o dano a ressarcir será o dano da perda desse resultado. Aliás, nessa situação, o nexos causal entre o ato fundador da responsabilidade civil e o dano final ficará demonstrado e a aplicação da noção da perda de chance revelar-se-á desnecessária. O ato de terceiro será, então, causa da perda do resultado final – ainda que também seja do desaparecimento das possibilidades que o lesado detinha de o alcançar – e é por aquele dano que deverá responder⁶³. Um entendimento diverso, além de atrair a natureza relacional das chances e o carácter instrumental da sua tutela, importaria uma dupla reparação do lesado e um consequente enriquecimento indevido por parte do mesmo.

No sentido que vimos de expor, o Tribunal Central Administrativo Sul, na sua decisão de 23 de novembro de 2011⁶⁴, decidiu bem ao não aplicar a noção da perda de chance num caso em que ficou provado que, no âmbito de um concurso, a exclusão de uma dada proposta ocorreu indevidamente e que, por aplicação dos fatores e critérios de avaliação definidos para apreciação das propostas, essa proposta excluída deveria ser considerada a melhor proposta e, portanto, a sua proponente deveria ser a adjudicatária no concurso para fornecimento e montagem de equipamento objeto do concurso. Assim, sendo impossível a execução de julgado anulatório, a indemnização a arbitrar deverá cobrir a perda do resultado final (e não a perda de uma mera chance de o obter), abrangendo o lucro que deixou de auferir por não ter tido possibilidade de cumprir as obrigações que para ela emergiriam do concurso que lhe deveria ter sido adjudicado em sede de execução de sentença anulatória.

A chance constitui, assim, apenas um elemento intermédio de uma sucessão de eventos que se dirigem (ou não: não se saberá) a um (outro) resultado final. Integra-se, pois, num encadeamento factual dinâmico, caracterizando-se, por força da sua essência relacional, pela potencialidade de se converter numa outra entidade: o resultado final. Essa conversão (pretendida) está em devir e pode ou não vir a ocorrer, o que passa a não ser demonstrável pela intervenção do ato de terceiro que perturba o encadeamento factual em curso. O ressarcimento da chance pressupõe, então, a sua autonomização o que depende do isolamento dessa entidade dentro do processo em que a mesma se integrava. A chance, assim

⁶² Sobre a relevância jurídica da chance nos debruçaremos na subsecção *infra* 3.2.1.. Nesta subsecção a nossa atenção vai para a existência de chance.

⁶³ Como já dissemos noutros trabalhos, autonomização ressarcitória da perda de chance para efeitos ressarcitório consubstancia “uma defesa de segunda linha”. Vide *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado* cit., pp. 383 e ss.

⁶⁴ O acórdão reporta-se ao Processo n.º 13023/16; Relator Desembargador JOSÉ GOMES CORREIA.

autonomizada, representa não uma vantagem hipotética que eventualmente se concretizaria no futuro, mas uma possibilidade real existente no presente de uma vantagem futura. Afirmando a autonomia deste dano, vejam-se, entre outros, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de julho de 2015⁶⁵, de 5 de maio de 2015⁶⁶ e de 28 de setembro de 2010⁶⁷.

Da afirmação da autonomia da chance, podia concluir-se que seria possível o ressarcimento de chances que se perdem, pela simples exposição ao perigo, sem que, no entanto, o perigo se chegue a concretizar. O caso paradigmático é o do atraso do diagnóstico de uma doença grave que põe em perigo a vida do paciente, e em que, apesar da ocorrência de uma diminuição das chances de sobrevivência, o doente sobrevive. A conclusão é, no entanto, errada, o que se compreenderá se se tiver em consideração, mais uma vez, a natureza relacional das chances. Estas orientam-se para uma dada finalidade e valem, portanto, apenas como instrumento para a sua obtenção. O aproveitamento das chances constitui a concretização de um interesse imediato que se inscreve num processo tendente à satisfação de um interesse mediato ou final. Se este último se verifica, a frustração daquele (que apenas se explica como meio para a consecução do outro) não pode relevar, não lhe devendo ser atribuído significado reparatório⁶⁸. A chance constitui, pois, uma entidade dependente de uma outra, representando a sua tutela um instrumento de proteção de outro bem. Mais uma vez aqui se manifesta a ideia de que a noção de perda de chance consubstancia uma tutela de segunda linha. Ora, se o bem a proteger não foi afetado (dada a verificação *in casu* do resultado final), esta tutela não se revela necessária.

Finalmente, cumpre fazer uma outra prevenção relacionada com a natureza aleatória da chance. Importa sublinhar que a álea que a caracteriza é (tem de ser) exógena, no sentido em que a consecução ou não do resultado final não pode depender (apenas) da vontade daquele que detém as *chances* de o alcançar (e que, quando elas se perdem, se apresenta como lesado). Importa realçar esta observação⁶⁹, ainda que não nos tenhamos apercebido que na jurisprudência portuguesa se tenha verificado, como aconteceu noutros ordenamentos jurídicos, uma aplicação indevida da figura, estendendo-a a situações em que a perda ocorre por se ter privado o lesado de possibilidades de autodeterminação. O caso paradigmático (retirado do terceiro núcleo de situações referidos) é o de não se ter fornecido a informação devida ao doente que assim deixa de poder ponderar os elementos omitidos na tomada de uma decisão relativa a um ato médico (por exemplo, de se submeter a uma intervenção cirúrgica, ou de concretizar, nas situações em que é legalmente possível, uma interrupção voluntária da gravidez) que acarreta determinadas consequências (nos exemplos dados, pense-se num efeito lateral da intervenção cirúrgica – por exemplo, uma incontinência – ou o nascimento de uma criança com determinadas patologias graves) a que ele podia ter escapado se tivesse tomado uma decisão de sentido contrário à que tomou. Também, aqui, há

⁶⁵ O acórdão reporta-se ao Processo n.º 5105/12.2TBXL.L1.S1 e o relator foi o Conselheiro TOMÉ GOMES.

⁶⁶ O acórdão reporta-se ao Processo 614/06.5TVLSB.L1.S1 e o relator foi Conselheiro SILVA SALAZAR.

⁶⁷ O acórdão reporta-se ao Processo n.º 171.2002.S1 e o Relator foi o Conselheiro MOREIRA ALVES.

⁶⁸ Mesmo que se aceite que subjacente à perda de chance se encontra o desempenho de uma finalidade sancionatória, o cumprimento dessa finalidade dependerá sempre de a constatação de que o resultado final se definitivamente frustrou.

⁶⁹ Considere-se o que já dissemos in *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado* cit., pp. 313 e ss.

dificuldade em afirmar o nexo de condicionalidade entre a omissão da informação devida e a concretização dos riscos que poderiam ser evitados, mas não estamos no domínio da álea que por definição é exógena (nessa medida, consubstancia uma chance) mas no domínio da escolha, cuja incerteza é de ordem interna ou psicológica (do lesado).

3.1.2. A seriedade, a consistência e a pessoalidade da chance

A reparação do dano da perda de chance pressupõe, então, a demonstração, em juízo, da existência da possibilidade de alcançar o resultado final gorado. Mas não é a perda de qualquer oportunidade favorável que proporciona a tutela ressarcitória ao abrigo da figura em análise. Na verdade, para desencadear o funcionamento da responsabilidade civil – o mesmo é dizer: para que o desaparecimento da chance dê origem a uma reparação –, para além dos requisitos de que falaremos *infra* na subsecção 3.2., a chance perdida deverá revestir certas características. É comum, a este propósito, afirmar-se, nos acórdãos portugueses, que, para que seja objeto de reparação, a chance deve ser “séria, consistente, com razoável grau de probabilidade”⁷⁰

Em primeiro lugar, a chance deverá, então, ser séria. Com esta exigência visa garantir-se, desde logo, a verificação de uma das notas caracterizadoras do dano reparável – a sua certeza⁷¹. Assim, apesar da incerteza da obtenção do resultado final, a pessoa que se apresenta como lesada deverá estar numa situação de poder vir a alcançar esse resultado, porque reúne um conjunto de condições de que depende a sua verificação. A pessoa terá, portanto, de estar investida de uma *chance* real de consecução da finalidade esperada. Tem que se poder afirmar que o resultado final, em qualquer um dos exemplos apresentados, é, em concreto, possível. É indispensável e suficiente, num primeiro momento, que se demonstre a verificação *in casu* de uma situação em que a obtenção do resultado pretendido não se encontra definitivamente impedida ou excluída. Se for feita a prova de que a possibilidade de

⁷⁰ Como se lê no, já citado, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de novembro de 2017 (Processo n.º 12198/14.6T8LSB.L1.S1; relator Conselheiro TOMÉ GOMES: “*Em suma, afigura-se razoável aceitar que a perda de chance se pode traduzir num dano autónomo existente à data da lesão e portanto qualificável como dano emergente, desde que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado*”. No mesmo sentido, considerem-se os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de setembro de 2014 (Processo n.º 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1; Relator Conselheiro MÁRIO MENDES), de 1 de julho de 2014 (Processo n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1; Relator Conselheiro FONSECA RAMOS), de 14 de março de 2013 (Processo n.º 78/09.1TVLSB.L1.S1; Relatora Conselheira MARIA TERESA PIZARRO BELEZA), de 4 de dezembro de 2012, (Processo n.º 289/10.7TVLSB.L1.S1; Relator Conselheiro ALVES VELHO), bem como o Acórdão da Relação do Porto de 23 de junho de 2015 (Processo n.º 591/14.9TBVLG.P1; Relator Desembargador FRANCISCO MATOS) e o Acórdão da Relação de Lisboa de 10 de fevereiro de 2015 (Processo n.º 5105/12.2 TBSXL.L1-1, Relator Desembargador Pedro Brighton).

⁷¹ Como se lê no Acórdão da Relação do Porto de 14 de dezembro de 2017 (Processo n.º 455/14.6TBGDM.P1; Relatora Desembargadora MARIA CECÍLIA GALANTE), “*O dano da perda de oportunidade de ganhar uma ação não pode ser desligado de uma probabilidade consistente de a vencer. Para haver indemnização, a probabilidade de ganho há-de ser elevada*”. No Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 14 de setembro de 2017 (Processo n.º 1531/14.0TBLE.E1; Relator Desembargador MANUEL BARGADO), rejeita-se a reparação do dano da perda de chance processual por, *in casu*, a “*chance*” da autora/recorrente de não ser condenado era mínima, não credível e, por isso, não se pode afirmar que a conduta omissiva e censurável da 1ª ré tenha sido a causa direta, imediata de não ter sido absolvida na referida ação”.

obter o resultado final inexistente em concreto, não se poderá falar de chance real de consecução da finalidade pretendida⁷².

O que deve entender-se por este atributo de seriedade? A este propósito encontramos na doutrina estrangeira extensa discussão sobre os critérios que devem ser usados para a aferição do caráter sério da chance⁷³. Avulta, neste âmbito, a questão de saber se deve ser definido, em abstrato, um nível de consistência (por vezes identificado com mais de 50% de probabilidades) para que a chance seja reconhecida relevância ressarcitória. Como já tivemos oportunidade de afirmar⁷⁴, não nos parece acertado definir quantitativamente a seriedade da chance através da fixação de um valor rígido aplicável, em geral. Só perante a situação particular *sub iudice* – à luz da análise dos seus contornos e da natureza dos bens afetados – se poderá apreciar onde deve ser colocada a fasquia delimitadora *in casu*⁷⁵.

A propósito da apreciação da consistência da chance importa ter presente a necessidade de a pessoalizar. Quer dizer, mesmo que se recorra, nomeadamente com o arrimo providenciado pelas presunções naturais ou *hominis* (art. 351.º) e com apelo a provas de primeira aparência, a consideração de informações que se retiram do curso normal dos acontecimentos (a rapidez da reação que as forças policiais têm no exemplo do assalto, a observância dos critérios de seleção nos concursos⁷⁶, por exemplo) e se carregiem, com recurso a prova pericial (art. 388.º), os dados colhidos no corpo científico que subjaz ao exercício profissional numa dada área de atividade (os dados colhidos na doutrina e na jurisprudência ou as informações e protocolos com que os médicos trabalham), é necessário averiguar se os contornos particulares da situação concreta a distanciam da regularidade constatada.

No caso de se tratar de uma *factispecies* que traduz a responsabilidade por perda de chance processual decorrente de um ato de advogado, para se aferir a seriedade da chance, é necessário apreciar, à luz de um juízo de prognose póstuma, a questão como ela teria sido apreciada não fora o ato do advogado fundante da sua responsabilidade. É necessário, pois, “fazer um julgamento dentro do julgamento” para se apreciar qual teria o sentido (provável) da decisão que teria sido adotada não fora o ato indevido praticado pelo profissional cuja responsabilidade se discute. Este juízo que assim se faça deve ser entendido como um juízo sobre uma questão de facto⁷⁷.

⁷² Conforme ficou dito *supra*, se, pelo contrário, se demonstrar que a consumação da finalidade pretendida era certa, também não se falará de uma chance de obter o resultado final, mas antes de um direito à obtenção do mesmo.

⁷³ A este propósito, considere-se o nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado* cit., pp. 226 e ss.

⁷⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “A perda de chance de cura ou sobrevivência: um remédio necessário para o funcionamento da responsabilidade civil médica? – a revisitação de um tema” cit., p. 88.

⁷⁵ No que concerne à perda de chance no âmbito médico, convocamos o art. 496.º em virtude de, atentos os bens atingidos pela prestação de cuidados médicos, as chances em causa se reportarem a bens insuscetíveis de avaliação pecuniária, apresentando, portanto, uma natureza não patrimonial.

⁷⁶ Para que o dano da perda de chance de promoção possa ser reparado, “*teria o mesmo de ser quantificado ou quantificável, e na falta de elementos para esse efeito, sempre seria indispensável um juízo de probabilidade, que possibilitasse ao Tribunal julgar equitativamente dentro dos limites que tiver por provados*”. Assim, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de abril de 2016 (Processo n.º 79/13.5TTVCT.G1.S1; Relatora Conselheira ANA LUÍSA GERALDES).

⁷⁷ Nesse sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de julho de 2015 (Processo n.º 5105/12.2TBXL.L1.S1; Relator Conselheiro TOMÉ GOMES), em que se afirma “*Haverá, pois, que fazer o chamado*

Já no caso da responsabilidade por perda de chance de cura ou sobrevivência devida a atos geradores de responsabilidade médica, coloca-se um problema relacionado com o carácter probabilístico das informações fornecidas pela ciência médica. A esse propósito, emerge o problema da relevância, no caso concreto, de dados de carácter estatístico. Na verdade, se se carrear para o processo que os doentes que padecem da mesma doença que o paciente (lesado) – cujo diagnóstico foi feito tardiamente –, uma vez submetidos à terapia considerada adequada, no estado em que o diagnóstico devia ter sido feito, apresentam 60% de chances de sobreviver, pode dar-se por provado que o concreto paciente (lesado) detinha uma chance de se curar no valor de 60%? A utilização da informação estatística pressupõe a necessidade de uma indagação suplementar, na procura de uma representação o mais fiel possível da concreta situação *sub iudice*. Julgamos que se deve “partir dos conhecimentos estatísticos disponíveis sobre a matéria controvertida, submetendo-os a testes de falsificação ou de verificação em concreto. Devem, portanto, averiguar-se as características pessoais do paciente, os elementos circunstanciais do contexto espaço-temporal em que ele se localize e todas as particularidades distintivas do caso singular. Algumas daquelas características, alguns destes elementos ou algumas das últimas particularidades constituirão fatores potenciadores ou corroborantes, e outros redutores ou excludentes da presença *in casu* da chance abstrata e geral que se extrai dos dados estatísticos”. Julgamos que só assim se será bem sucedido no objetivo de *pessoalizar* a chance estatística. Decisivo é que, no fim daquele *iter* o julgador se convença da existência, no caso concreto, de uma chance séria. Não negamos que possa subsistir uma margem de dúvida, mas essa é uma inevitabilidade, atendendo ao grau (máximo) de certeza que a medicina consegue, em regra, alcançar.

3.1.3. O ónus da prova da existência da chance

Se não ficar demonstrada a existência de uma chance com as características que apontaremos o pedido é indeferido. A este propósito, cumpre dar uma palavra quanto às regras de distribuição do ónus da prova.

“julgamento dentro do julgamento”, não no sentido da solução jurídica que pudesse ser adotada pelo tribunal da presente ação sobre a matéria da causa em que ocorreu a falta, mas sim pelo que possa ser considerado como altamente provável que o tribunal da ação em que a defesa ficou prejudicada viesse a decidir”. Veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de janeiro de 2017 (Processo n.º 540/13.1T2AVR.P1.S1; Relator Conselheiro ALEXANDRE REIS) em que se atende aos dados do concreto arguido (antecedentes criminais), fazendo uma comparação com outros coarguidos. Como aí se afirma: *“não estava em causa, apenas, o confronto entre o grau relativo da gravidade objectiva e da censurabilidade das condutas de cada um dos arguidos daquele concreto processo penal, pois haveria que averiguar também se o aqui recorrente colaborara para a descoberta da verdade, se revelara sentido autocrítico, assumindo a sua culpa, se tinha uma regular inserção sócio-familiar e laboral, se, enfim, perante todas as circunstâncias e condições pessoais que se apurassem, se poderia asseverar, com segurança, que a sua personalidade não forneceria qualquer contraindicação à suspensão, i. é, que os factos apontavam para que a sua conduta, objecto daqueles autos, teria sido um incidente ocasional, sem repercussões negativas nas suas interações sociais e, portanto, se existiriam elementos que fundavam a esperança no êxito do processo da sua reinserção social em liberdade, nada existindo que ensombrasse o vaticínio de que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizariam de forma adequada as finalidades da punição”*. Considere-se também o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20 de outubro de 2016 (Processo n.º 2967/2012: Relator Desembargador MARIA JOÃO MARQUES PINTO DE MATOS) e o Acórdão da Relação do Porto de 28 de novembro de 2017 (Processo n.º 287/13.9T2AND.P1; Relator Desembargador RUI MOREIRA).

Na verdade, tendo presente o teor do n.º 1 do art. 342.º, que dita que aquele que invoca um direito tem o encargo de provar os factos constitutivos do seu direito, conclui-se que aquele que invoca o direito a ser ressarcido pela perda de uma chance terá, pois, o ónus de provar os factos constitutivos desse direito. Desde logo sobre ele recairá o ónus de provar a existência da chance cuja perda consubstanciará o dano a ressarcir. A afirmação de que o ónus recai sobre o lesado não merece discussão. Tal afirmação encontra-se, por exemplo, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de abril de 2016⁷⁸, já citado e relativo ao dano da perda de chances profissionais num caso de assédio moral, aí se lendo que competia ao lesado (ao Autor) *“alegar e provar esses danos, descrevendo, para tal, o referido processo evolutivo, as perdas registadas e os ganhos que poderia ter auferido caso não tivesse ocorrido o facto por aquele considerado impeditivo de usufruir os aludidos ganhos, inerentes à categoria profissional aduzida”* (o que o Autor não conseguiu provar, ditando a improcedência do pedido no que respeitava à reparação da perda de chance).

Provar a chance séria, consistente e pessoal de obtenção do resultado final, nos termos referidos na subsecção anterior, será, frequentemente, mais simples – e, em muitos casos, a única tarefa realizável, para o lesado – do que provar o direito ao resultado final, mas não é uma tarefa singela. Nem será suficiente para a obtenção de cobertura ressarcitória para o dano resultante da sua perda. É necessário que se demonstre a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil fundantes da obrigação de indemnizar por parte de um terceiro.

3.2. A destruição da chance por um ato imputável a terceiro e a verificação dos pressupostos de responsabilidade civil

3.2.1. O relevo jurídico da chance independentemente da sua perda

A aceitação da ressarcibilidade do dano da perda de chance pressupõe a consideração da chance como uma entidade *a se*, juridicamente relevante. E deve sê-lo mesmo antes e independentemente da verificação da sua perda. A figura da “perda de chance” não deve servir para dar relevância à destruição de “possibilidades” que eram irrelevantes para o direito e que não mereciam, antes do seu desaparecimento, a guarida na cidadela jurídica. Como já referimos, no nosso entendimento, o desconhecimento desta afirmação gera uma pré-compreensão errada sobre a figura, o que conduz a que contra ela sejam formuladas objeções de princípio injustificadas e que, em detrimento da mesma, se esgrima o perigo de uma multiplicação indevida de pretensões indemnizatórias (“abertura de *“floodgates”*)⁷⁹.

⁷⁸ O acórdão reporta-se ao Processo n.º 79/13.5TTVCT.G1.S1; Relatora Conselheira ANA LUÍSA GERALDES. No mesmo sentido, *vide* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de julho de 2015 (Processo n.º 5105/12.2TBXL.L1.S1; Relator Conselheiro TOMÉ GOMES), Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20 de outubro de 2016 (Processo n.º 2967/2012: Relator Desembargador MARIA JOÃO MARQUES PINTO DE MATOS) e Acórdão da Relação do Porto de 28 de novembro de 2017 (Processo n.º 287/13.9T2AND.P1; Relator Desembargador RUI MOREIRA).

⁷⁹ Sem prejuízo das dificuldades que a figura apresenta e das críticas que contra a mesma podem ser apresentadas e que escarpelizamos no nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado* cit., pp. 377 a 440.

Na verdade, “da aceitação da ressarcibilidade da perda de chance não se pode inferir que toda a chance é merecedora de proteção jurídica e, conseqüentemente, a sua perda geradora de um direito à correspondente reparação. O raciocínio tem que fazer-se inversamente. Deve partir-se da identificação de uma chance como entidade merecedora de tutela jurídica para o equacionamento, em caso da sua afetação lesiva por ato de terceiro, da ressarcibilidade do seu desaparecimento. Assim, a relevância da autonomização das chances (perdidas) para efeitos ressarcitórios é função da relevância jurídica que às mesmas é reconhecida independentemente da situação geradora da sua perda e fundadora do conseqüente pedido indenizatório. Quer dizer, as entidades aleatórias (chances), cuja destruição vai merecer reparação, não ingressam na cidadela jurídica apenas com a produção do evento lesivo que as afeta, antes sendo dignas de um reconhecimento, pelo direito, a montante desse evento. Imperioso é, portanto, que a chance, cuja perda se equaciona ressarcir, mereça proteção jurídica *qua tale*”⁸⁰.

É necessário, por isso, demonstrar que as chances estão protegidas contratualmente, *rectius* obrigacionalmente (art. 798) – como estarão, em regra, no âmbito da atividade do médico e do advogado e estarão no âmbito de muitas prestações devedoras, objeto de obrigações emergentes de variados contratos, o que, de qualquer modo, tem que ser averiguado, concretamente, à luz do programa negocial em referência – ou então delitualmente, à luz do art. 483.º. Na verdade, só assim se pode afirmar que estamos perante um bem juridicamente protegido, cuja lesão consubstancia um dano. É também dessa forma que se consegue afirmar a ilicitude da conduta fundante da responsabilidade daquele que destrói a chance, requisito que, em regra, tem que estar verificado para emergir uma obrigação de indemnizar (art. 483.º, n.º 2). Este ponto remete-nos para a exigência da verificação dos requisitos da responsabilidade civil, sobre que nos debruçaremos na próxima subsecção.

3.2.2. A verificação dos requisitos da responsabilidade civil

Por outro lado, não basta também a identificação de uma chance séria, consistente e pessoal e que seja merecedora de tutela jurídica para que todo e qualquer ato que importe a sua destruição constitua fundamento de responsabilização da pessoa causadora dessa destruição. É indispensável que a eliminação definitiva das (ou de algumas das) possibilidades de o resultado final (que não chega a concretizar-se) se vir a verificar seja causado por um comportamento de terceiro, suscetível de gerar a sua responsabilidade.

Constituindo a responsabilidade civil por factos ilícitos a regra, à luz do disposto no n.º 2 do art. 483.º, a ressarcibilidade da perda de uma chance pressuporá, assim, que se demonstre que a pessoa – que, através da sua atuação, determinou a destruição das chances (no que vai contida a prova do dano e do nexos causal) – atuou de forma ilícita e culposa. É, portanto, necessário demonstrar que o ato fundante da responsabilidade civil é desvalioso, sob o ponto de vista objetivo e subjetivo. Foi o que aconteceu no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

⁸⁰ Recorremos, aqui, ao que já afirmámos RUTE TEIXEIRA PEDRO, “A perda de chance de cura ou sobrevivência: um remédio necessário para o funcionamento da responsabilidade civil médica? – a reavaliação de um tema” cit., p 84.

de 11 de janeiro de 2017⁸¹ em que se concluiu que o ato frustrador da chance constituiu “atuação incontroversamente ilícita e culposa”. Também na decisão de 1.ª instância de 23 de julho de 2015 *supra* referida, a equacionamento da reparação do dano da perda de chance de sobrevivência só ocorreu depois e na medida em que o erro do diagnóstico foi qualificado como ilícito e culposo.

Com o que fica dito, rebatemos, portanto, uma objeção que, por vezes, é formulada e que é a de que a aplicação da noção da perda de chance importa necessariamente a conversão da responsabilidade civil em responsabilidade objetiva. Não nos parece que o emprego da figura (quando aplicada devidamente) conduza a esse resultado. Se estamos no âmbito da responsabilidade por factos ilícitos, os correspondentes requisitos devem estar verificados: o ato controlável pela vontade, a ilicitude, a culpa, o dano (da perda de chance, o que pressupõe a demonstração da perda de uma chance com as características descritas na subsecção 3.2.1.) e o nexo causal.

Não procede, também, a crítica segundo a qual, aceitando a reparação do dano da perda de chance, se estaria a fazer relevar, para efeitos ressarcitórios, a lesão de simples expectativas de facto e, portanto, nessa medida se estaria a alargar o âmbito de situações que, segundo as normas aplicáveis, são suscetíveis de gerar responsabilidade civil⁸².

Na verdade, tratando-se de uma situação que desencadeia a responsabilidade obrigacional, haverá que dar por assente a verificação do incumprimento de uma obrigação⁸³. É preciso, portanto, averiguar qual era o programa negocial para saber se a não destruição das chances (da espécie daquelas que concretamente foram destruídas) se integrava no seu objeto, caso em que o ato destruidor das chances consubstanciará *qua tale* um incumprimento. Como já referimos, quando estamos perante obrigações ditas de meios, como acontece frequentemente, com as obrigações dos advogados e dos médicos, caberá a esses devedores, com o comportamento diligente devido aproveitar as chances que o respetivo cliente ou doente dispunham e não as dissipar por ato culposo próprio ou dos seus auxiliares (art. 800.º)⁸⁴.

Já, na responsabilidade extracontratual, para que, entre nós, se considere verificado um ato ilícito, é necessário que ocorra uma de três circunstâncias previstas no n.º 1 do art.º 483.º: a violação de um direito subjetivo, a violação de um interesse protegido por uma norma de

⁸¹ O acórdão reporta-se ao Processo n.º 540/13.1T2AVR.P1.S1 e o Relator foi o Conselheiro ALEXANDRE REIS.

⁸² Na prática pode alargar-se o número de situações a que se aplica com sucesso o regime jurídico da responsabilidade civil (ultrapassando-se a dificuldade descrita *supra* na subsecção 2.1.), mas não se alarga o âmbito legalmente traçado de proteção (obrigacional ou delitual).

⁸³ No que pode ir contida uma atividade complexa, nomeadamente se se estiver perante uma obrigação de meios, como frequentemente acontece no âmbito das atividades dos médicos e dos advogados, em que a noção em análise é frequentemente convocada.

⁸⁴ No sentido defendido em texto, lê-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de setembro de 2014 (Processo 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1; relator Conselheiro MÁRIO MENDES): “A flexibilização do conceito de dano de forma a permitir uma maior aproximação da aplicação do direito às realidades actuais conduz ou deve conduzir a que a chance ou oportunidade perdida seja merecedora de tutela do direito, sendo que na responsabilidade contratual não se poderá pôr em causa a relevância jurídica da violação das chances que constituem objecto da prestação debitória, sobretudo quando tal violação elimine de forma definitiva a produção do resultado querido e fortemente expectável”.

proteção ou, finalmente, uma situação configuradora de um abuso do direito⁸⁵. A atribuição de relevância indemnizatória à frustração das chances extravasará estes limites? A boa aplicação da figura importa, necessariamente, uma resposta negativa a esta pergunta. Na verdade, como já referimos, tem que se fazer uma apreciação casuística para saber se as chances concretamente destruídas mereciam a proteção do direito (antes e independentemente da destruição). Não haverá, em princípio, dificuldade em afirmar a tutela jurídica, quando o ato fundador de responsabilidade contender com bens de natureza pessoal (nomeadamente com o direito à vida, à saúde, à integridade pessoal – física e moral) juridicamente protegidos, seja através de direitos especiais de personalidade ou da cláusula geral de proteção de personalidade, como acontece no âmbito da responsabilidade médica. Na verdade, nesses casos, “a autónoma tutela reparatória das chances (reconhecendo que a respetiva destruição é danosa) traduz, apenas, a extensão da proteção jurídico-civilística a outras *camadas* que densificam o conteúdo de específicos bens jurídico-pessoais, protegidos por aqueles direitos e incluídos na proteção oferecida pelo direito geral de personalidade”⁸⁶. Assim, “parece-nos que, entre nós, não se colocarão dificuldades, quanto à subsunção no artigo 483.º, dos comportamentos frustradores daquelas espécies de chances, nem quanto à consideração da destruição das mesmas como um dano juridicamente reparável”⁸⁷.

Maiores dificuldades existirão quando os atos fundadores de responsabilidade importarem a destruição de chances relativas à obtenção de resultados de natureza patrimonial. A dificuldade advém de, no ordenamento jurídico português, segundo o entendimento maioritário, não ser identificável um direito ao património, nem uma norma tuteladora do património em geral⁸⁸. No entanto, não julgamos que tal constitua, automática e necessariamente, “um obstáculo intransponível ao reconhecimento de relevância ressarcitória à perda de chance, na medida em que, a lesão dos interesses dos particulares ligados a esse «dano» corresponda – como, em regra, acontece, nas hipóteses que convocam o dano da perda de chance – à violação de uma norma legal ou de um vínculo obrigacional pré-constituído, que conceda proteção (direta) àqueles interesses. Haverá, portanto, uma concomitante (e causalmente relevante) violação de um direito subjetivo (absoluto ou relativo) ou de uma norma de proteção”⁸⁹. Se tal não ocorrer e, nessa medida à míngua da identificação de um interesse juridicamente protegido em que a chance possa ser incorporada, a tutela da sua perda tem que ser rejeitada.

No que respeita à culpa, também ela, terá que ser dada por verificada. A esse propósito, não existem diferenças significativas a assinalar entre a responsabilidade pela perda do resultado final e a responsabilidade pela perda de chance, nem entre responsabilidade obrigacional e extra-obrigacional. Quanto a este último ponto, apenas se pode recordar a diferença relativa ao encargo probatório, por na responsabilidade obrigacional funcionar uma presunção de

⁸⁵ Sobre o requisito da ilicitude, *vide* MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, Principia, 2017, pp. 127 e ss.

⁸⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “A perda de chance de cura ou sobrevivência: um remédio necessário para o funcionamento da responsabilidade civil médica? – a reavaliação de um tema” *cit.*, pp. 92-93.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ Sobre esta problemática, *vide* MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs Responsabilidade. A precaução como fundamento da imputação delitual?*, Coimbra, Almedina, pp. 179 e ss.

⁸⁹ Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado* *cit.*, pp. 214 e 215.

culpa (art. 799) e na responsabilidade extraobrigacional tal presunção intervir apenas excecionalmente (artigos 491.º, 492.º, 493.º e 503.º, n.º 3).

A aceitação do ressarcimento do dano da perda de chance não representa também desvio relativamente à exigência de um nexos causal entre o ato e o dano. Com o recurso à figura opera-se uma alteração do dano tomado como referência para efeitos de ressarcimento: em vez de se considerar o dano resultante da perda do resultado final, considera-se o dano da perda de oportunidade de conseguir alcançar tal resultado. Nessa medida não se prescinde da aplicação do requisito relativo ao nexos causal, já que o lesado tem que provar que tinha certas possibilidades de consecução do resultado positivo e que o comportamento censurável da pessoa, cuja responsabilidade está a ser discutida, determinou o desaparecimento, em definitivo, daquelas possibilidades (ou de parte delas).

IV. A operação de determinação do *quantum respondeatur* quanto ao dano da perda de chance

A especificidade do dano da perda de chance reflete-se na operação de determinação do montante indemnizatório devido. A autonomia do dano a ressarcir e a sua necessária conexão com o resultado final a cuja obtenção a chance se dirigia vão jogar um papel central nessa operação.

Aliás, no *quantum* reparatório vai repercutir-se o grau de consistência que a chance perdida apresentava. Quanto mais robusta for a chance, maior será o montante da indemnização devida e mais se aproximará do valor que seria devido para cobrir o dano decorrente da perda do resultado final. Para o efeito, o cálculo do *quantum* reparatório constituirá uma operação complexa que se desdobra num triplo juízo.

Por um lado, haverá que apreciar o estado em que o lesado se encontra em virtude de o resultado final pretendido ter sido frustrado, definindo o montante reparatório que seria adequado para reparar o dano resultante da perda daquele resultado. Servindo-me dos exemplos atrás referidos: haverá que quantificar os danos decorrentes da consumação do assalto, da não obtenção do resultado a que o concurso conduzia, do não acolhimento da pretensão formulado na ação ou no recurso e da perda da vida ou da consumação da patologia (não curada)⁹⁰.

Por outro lado, é necessário apreciar a consistência das possibilidades que o lesado detinha de alcançar o resultado final pretendido. Nos exemplos apresentados, haveria que quantificar a dimensão das chances de evitar o assalto, de ser escolhido no concurso, de a ação ou recurso procederem e de o doente sobreviver ou curar-se. Para este efeito, propugna-se uma tradução percentual da robustez da chance. Não se nega que este passo é aquele que, nesta operação complexa, mais dificuldades apresenta. Dificuldades que, aliás, se encontram presentes, a

⁹⁰ Encontramos traço desta operação complexa nos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de janeiro de 2017 (Processo n.º 540/13.1T2AVR.P1.S1; Relator Conselheiro ALEXANDRE REIS) e de 5 de fevereiro de 2013 (Processo n.º 488/09.4TBESP.P1.S1; Relator Conselheiro HÉLDER ROQUE), entre outros.

montante, no juízo sobre a seriedade da chance e que é decisivo para afirmar a sua ressarcibilidade.

Finalmente, importará articular o valor encontrado nas duas primeiras etapas da operação. O montante reparatório corresponderá ao valor encontrado no primeiro juízo, reduzido proporcionalmente à luz do grau de probabilidade incorporado na chance. Assim, se os danos decorrentes da perda do resultado final forem quantificados em 200 e se a consistência da chance em 60%, o quantum reparatório da perda de chance será igual a 120.

A operação que acaba de se descrever não é de fácil concretização. Por isso, cumpre realçar que, quando não for possível levar a cabo a apreciação do montante reparatório nos termos acabados de referir, haverá que lançar mão do disposto no n.º 3 do art. 566.º, que dita que “*Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.*”.

A análise da jurisprudência portuguesa permite-nos concluir que o recurso à equidade tem sido o instrumento a que os nossos Tribunais recorrem para quantificar o *quantum* reparatório devido pelo dano da perda da chance, dada a impossibilidade de concretizar a operação atrás descrita⁹¹. Nesse sentido, o já citado Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 8 de setembro de 2011⁹² relativo a um procedimento concursal, afirma que, não podendo ser quantificado o dano “*com exactidão, deverá ser fixado com recurso à equidade, tomando como referentes a vantagem económica final que poderia ter sido obtida e a possibilidade que o lesado teria de a alcançar*”.

Recorrendo à equidade, o Tribunal da Relação do Porto em decisão de 30 de junho de 2015⁹³ relativa à perda de chance processual e dada a dificuldade de aferição da consistência das possibilidades de procedência da ação, cifra-as em metade para cada parte⁹⁴.

V. Observações conclusivas

Como vimos, a noção da perda de chance apareceu, como uma criação pretoriana, para dar resposta a um dos problemas que resultam da presença da álea na realidade que o direito é chamado a conformar. Na verdade, esta noção surgiu, no âmbito da responsabilidade civil, por causa da dificuldade (impossibilidade) verificada na afirmação do nexo de causalidade entre

⁹¹ O recurso à equidade com apelo ao art. 566.º, n.º 3 encontra-se também, entre outros, nos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de janeiro de 2017 (Processo n.º 540/13.1T2AVR.P1.S1; Relator Conselheiro ALEXANDRE REIS) e de 9 de julho de 2015 (Processo n.º 5105/12.2TBXL.L1.S1; Relator Conselheiro TOMÉ GOMES) e no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24 de outubro de 2006 (Processo 0289/06; Relatora Conselheira FERNANDA XAVIER).

⁹² O acórdão reporta-se ao Processo n.º 06762/10 em que o relator foi o Conselheiro FONSECA DA PAZ.

⁹³ O acórdão reporta-se ao Processo n.º 320/11.9TJLSB.L1-1 em que a relatora foi a Desembargadora MARIA ADELAIDE DOMINGOS.

⁹⁴ Assim, “*Na determinação da medida da perda de chance deve, em regra, estabelecer-se uma indemnização por recurso à equidade, fixando-se em 50%, para cada parte, a probabilidade de obtenção de ganho de causa na ação originária, sob pena de se estar a indemnizar o lesado por valor superior àquele que resultaria, em abstrato da possibilidade de ganho de causa, ou em valor inferior, fixado com recurso ao puro arbítrio do tribunal, sem possibilidade de real sindicabilidade desse juízo*”. Vide nota anterior.

um determinado ato que se equaciona ser fundante da responsabilidade do seu autor e a frustração da concretização, em detrimento da pessoa que se apresenta como lesado, de um determinado resultado futuro. Por este ser de consecução incerta, não obstante a probabilidade de aquele ato ter sido a causa real da perda deste resultado, não se consegue afirmar que, sem aquele ato, o resultado se teria efetivamente produzido. A multiplicidade de fatores intervenientes no encadeamento causal, em que o ato de terceiro frustrador das chances se inclui, explicam a dificuldade sentida ao nível do requisito da causalidade.

Perante o défice de protecção detetado, equaciona-se a possibilidade de a tutela reparatória da entidade intermédia que, naquelas posições, se pode individualizar: a possibilidade de alcançar o resultado final. Emerge, assim, a noção da perda de chance que, visando a resolução do problema diagnosticado, garante a tutela ressarcitória a posições jurídicas de sujeitos, que reúnem os requisitos propiciadores de um efeito final benéfico, mas de consecução incerta.

O reconhecimento do direito à indemnização pelo dano assim autonomizado pressupõe a reunião de um conjunto de pressupostos que impedirão um excessivo alargamento da tutela reparatória que a figura propicia. Assim, é, como vimos, indispensável a existência de uma chance, *quid* cuja perda será ressarcida. Acresce que, para que o seu desaparecimento mereça reparação, necessário se torna que essa chance se revele séria, consistente, pessoal e merecedora de tutela jurídica, o que só, à luz do caso particular, poderá ser averiguado. Para que um tal dano seja ressarcido deverão, também, estar verificados os demais requisitos de que depende o nascimento de uma obrigação de indemnizar.

Apesar das dificuldades que não podem ser negligenciadas, a consideração das chances como entidades autonomamente relevantes, para efeitos ressarcitórios, constituindo um desenvolvimento de outras figuras presentes no ordenamento jurídico português, consubstanciará um *aggiornamento* do regime jurídico aplicável à responsabilidade civil, sem intervenção do legislador, em ordem à promoção da tutela efetiva do lesado.

Vídeos da apresentação

Parte I



Parte II



Título:

Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil

Ano de Publicação: 2018

ISBN: 978-989-8908-36-0

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt