

NOVOS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

ATAS DAS II JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS
DE RESPONSABILIDADE CIVIL

COORDENADORES

MAFALDA MIRANDA BARBOSA • NELSON ROSENVALD • FRANCISCO MUNIZ





I



J

O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação “Risco, Transparência e Litigiosidade”, integrada no projecto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UID/DIR/04643/2019).

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

institutojuridico@fd.uc.pt
www.ij.fd.uc.pt
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8891-56-3

DEPÓSITO LEGAL

XXX

© JUNHO 2019

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**NOVOS DESAFIOS
DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

ATAS DAS II JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS
DE RESPONSABILIDADE CIVIL

COORDENADORES

MAFALDA MIRANDA BARBOSA · NELSON ROSENVALD · FRANCISCO MUNIZ

ÍNDICE

Nota Introdutória.....	ix
RESSARCIMENTO DOS DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS NO CONFRONTO ENTRE OS SISTEMAS DE <i>COMMON LAW</i> E CONTINENTAIS	1
Adelaide Menezes Leitão	
A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO PROSPETO.....	11
Alexandre de Soveral Martins	
A ILICITUDE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS: NOTAS ESPARSAS SOBRE O PROBLEMA DA FRUSTRAÇÃO DA CONFIANÇA	27
Ana Raquel Gonçalves Moniz	
DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS.....	39
António Barreto Menezes Cordeiro	

ERRO-VÍCIO CULPOSO E A FORMAÇÃO DA VONTADE NAS PESSOAS COLETIVAS.....	55
Diogo Costa Gonçalves	
ALGUMAS QUESTÕES EM TORNO DO ILÍCITO POR OFENSA AO CRÉDITO E AO BOM NOME. O ARTIGO 484.º DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS	69
Filipe de Albuquerque Matos	
ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL. UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS ORDENAMENTOS LUSO- -BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO	103
Francisco Muniz	
DAS FUNÇÕES RECONSTITUTIVA E PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. PROPOSTA DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS	121
Henrique Sousa Antunes	
ALGUMAS NOTAS SOBRE A PROBLEMÁTICA DE DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ..	145
Hong Cheng Leong	
<i>RELIANCE</i> : EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIAIS COM BASE NA CONFIANÇA DEPOSITADA NA INFORMAÇÃO RECEBIDA (V. 2.0)	165
José Ferreira Gomes	
RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS: À DESCOBERTA DA ILICITUDE.....	201
Karenina Tito	
ENTRE A ILICITUDE E O DANO	219
Mafalda Miranda Barbosa	
A NOTAÇÃO DE RISCO E A PROTECÇÃO DOS INVESTIDORES. UM DESAFIO AO DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	269
Manuel Carneiro da Frada	

AS FRONTEIRAS ENTRE A RESTITUIÇÃO DO LUCRO ILÍCITO E O ENRIQUECIMENTO POR INTROMISSÃO	277
Nelson Rosenvald	
DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO PELO INTERESSE POSITIVO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO	317
Pablo Malheiros da Cunha Frota	
RESPONSABILIDADE CIVIL E PRESCRIÇÃO.....	357
Pedro Pais de Vasconcelos	
RESPONSABILIDADE COMERCIAL — PRIMEIRA QUESTÃO.....	379
Pedro Leitão Pais de Vasconcelos	
REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROVEDORES PELO CONTEÚDO POSTADO POR USUÁRIOS NA INTERNET	401
Rafael de Freitas Valle Dresch	
ALGUNS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES E AS REDES SOCIAIS	415
Renata Vilela Multedo	

NOTA INTRODUTÓRIA

Nos dias 8 e 9 de novembro de 2018, realizaram-se as II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil. Esta segunda edição de um evento que começa a marcar anualmente a vida académica dos dois países teve como mote a ilicitude, os danos puramente patrimoniais e os novos desafios da responsabilidade civil. Foram muitas as questões analisadas e profundo o debate que se estabeleceu entre todos os participantes. A obra que agora se dá à estampa congrega algumas das intervenções que tiveram lugar no referido congresso. O seu objetivo é, por isso, claro: registar para memória futura um momento privilegiado de partilha de experiências judicativas e doutrinárias entre Portugal e o Brasil, em matéria de responsabilidade civil.

Os coordenadores

Mafalda Miranda Barbosa | Nelson Rosenvald | Francisco Muniz

Janeiro de 2019

ENTRE A ILICITUDE E O DANO¹

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

1. Introdução. Apresentação do problema

No ordenamento jurídico português, o preceito básico em matéria de responsabilidade extracontratual é o artigo 483.º CC, no qual se acolhe o modelo proposto por Ihering². Significa isto que, para haver dever de indemnizar, não basta a culpa. Se esta é imprescindível, exceto nos casos de responsabilidade objetiva, o requisito da ilicitude também tem de se verificar necessariamente. Traduzindo-se na violação de direitos absolutos, na violação de disposições legais de proteção de interesses alheios e no abuso do direito³, a ilicitu-

¹ O texto que se apresenta corresponde, com algumas alterações e aditamentos, à conferência que proferimos no âmbito das *II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil*, que decorreram nos dias 8 e 9 de Novembro, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

² Há, porém, indícios da penetração da *faute*, conceito central em matéria de responsabilidade civil, em França, no ordenamento jurídico português. Sobre o ponto, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil Português*, II/III, Coimbra: Almedina, 2010, 373 s., falando do modelo atual de responsabilidade civil como um modelo híbrido pela contaminação da *faute*, mas referindo-se especialmente à dualidade entre a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual. Veja-se, igualmente, Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Principia, 2017; e IDEM, “Modelos de responsabilidade civil”, *Revista dos Tribunais* 977 (2017) 113-174.

³ Sobre a conformação do abuso do direito e o seu aproveitamento em sede de responsabilidade civil, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Coimbra: Almedina, 2005, e demais bibliografia aí citada.

de pode ser compreendida como um filtro objetivo de seleção das pretensões indemnizatórias procedentes. E a sua exigência não deixa incólumes as diversas soluções dogmáticas em matéria delitual. Em primeiro lugar, assiste-se a uma limitação da responsabilidade, passando o jurista a confrontar-se com problemas como aqueles que vão identificados pela categoria dos danos puramente patrimoniais — *reine Vermögensschaden*. Os danos que se traduzam na perda económica que não decorra da lesão de um bem que figure entre aqueles que a lei expressamente tutela não são, em princípio, ressarcidos, exceto se existir uma disposição legal de proteção de interesses alheios que proteja aqueles interesses ou que se verifique uma situação abusiva do direito, embora a doutrina tenha vindo a procurar remédios de variada ordem que garantam o ressarcimento, quando um sentimento de justiça dominante parece clamar por ele⁴. Por outro lado, e de acordo com a mesma intencionalidade, não é, em regra, conferida eficácia externa às obrigações⁵.

Veja-se, ainda, J. Sinde MONTEIRO, “Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, III, *Direito das Obrigações*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 453 s.

⁴ Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?*

⁵ Entre nós defendem a teoria do efeito externo das obrigações Ferrer CORREIA, “Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 98: 355 s.; Diogo Leite CAMPOS, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão do crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados* 46 (1986) 51; Alberto Luís, “O problema da responsabilidade civil dos bancos por prejuízos que causem a direitos de crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 59 (1999) 895-914; Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.^a ed. reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 48 e 246; Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 1999, reimpr., 79; Menezes LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Coimbra: Almedina, 2005 (“A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português”, *Ciência e Técnica Fiscal* 363 [Julho-Setembro 1991] 37-244, e *ibid.*, 364 [Outubro-Dezembro 1991] 13-188), 141; Pessoa VAZ, *Do efeito externo das obrigações (algumas perspectivas da mais recente doutrina portuguesa e alemã)*, 1977, ed. policopiada.

Em sentido contrário, também na doutrina nacional, veja-se Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, 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 3.º ano jurídico, policopiado, 77 s., 84-85; Álvaro DIAS, *Dano corporal. Quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Coimbra: Almedina, 2001, 291; Vaz SERRA, “Responsabilidade de terceiros no não cumprimento das obrigações”, *Boletim do Ministério da Justiça* 85 (1959) 345-360; IDEM, “Anotação ao acórdão de 17 de Junho de 1969”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 103 (1970-1971) 458-463; Carneiro da FRADA, “Contrato e deveres de protecção”, Separata do *Bo-*

Além disso, estabelece-se uma cisão entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual⁶ e colocam-se proble-

letim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, 162; e IDEM, Teoria da confiança e responsabilidade civil, Lisboa-Porto: Almedina, 2003, 238 s.; Antunes VARELA, Das obrigações em geral, vol. I, 10.^a ed., Coimbra: Almedina, 2003, 175 s.; Sinde MONTEIRO, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, Coimbra: Almedina, 1989, 185-188, 194, 523.

Sobre Menezes Cordeiro tínhamos escrito que, em *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, 1997, 490 s., o autor tinha revisto a sua posição quanto ao ponto, afirmando que não existe uma relação de especialidade entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade aquiliana, depois de ter defendido o efeito externo das obrigações. A alteração de posição parece seguir a linha de evolução do pensamento do civilista que modifica igualmente a sua visão acerca da querela dualismo/monismo em sede de modalidades de responsabilidade civil. Note-se, porém, que o autor, ao contrário do que sucede quanto a esta última questão, não se mostra tão explícito a propósito do primeiro problema. A diferenciação entre duas modalidades de responsabilidade civil não obsta a que se considere pertinente a teoria do efeito externo das obrigações. As duas temáticas são conexas, mas não se confundem. No entanto, a remissão que Menezes Cordeiro faz para o pensamento de Miguel Teixeira de Sousa e para a crítica que este tece à ideia de relação de especialidade entre o artigo 483.º e o artigo 798.º cc deixavam antever dúvidas em relação à própria ideia de eficácia externa das obrigações. Contudo, na versão de 2010 do *Tratado de Direito Civil Português* (II/III, 448), o autor adere expressamente à doutrina da eficácia externa das obrigações. Embora rejeite a ideia de especialidade entre as diversas modalidades de responsabilidade civil, considera que os direitos de crédito são tutelados ao nível da responsabilidade aquiliana (artigo 483.º cc). Para os artigos 798.º s. cc reservar-se-iam as hipóteses de violação de tais direitos perpetradas pelo devedor. Ora, pergunta-se se não se encontra exatamente aí a relação de especialidade que o autor nega veementemente. Cf., igualmente, pág. 398, onde o autor diz que existe uma relação de especialidade quando esteja em causa o dever de prestar e um concurso real, quanto aos deveres de segurança (acessórios)

⁶ Depõem no sentido da existência de duas modalidades de responsabilidade civil Pereira COELHO, *O nexa de causalidade na responsabilidade civil*, 1951, (Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito), 98 e s.; e IDEM, *Obrigações — sumários das lições ao curso de 1966-67*, Coimbra, 1967, 145; Mota PINTO, *Teoria Geral do direito civil*, 4.^a ed. por A. Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 123; Galvão TELLES, *Direito das obrigações*, 321; Antunes VARELA, *Das obrigações*, 518 s.; Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 2007, 389; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos* (onde, ao longo de toda a obra, perpassa a distinção apontada); Rui de ALARCÃO, *Direito das obrigações*, 206 s.; Vaz SERRA, “Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual”, *Boletim do Ministério da Justiça* 85 (1959) 107-242; Lobo XAVIER, *Anulação de deliberações sociais e deliberações conexas*, Coimbra, 1976, 320 e 359; Carneiro da FRADA, *Contrato*, 49, n. 91 (Note-se que o autor, embora leve pressuposta a diferença entre a responsabilidade contratual e extracontratual, entende ser legítimo e pertinente uma teoria unitária que as englobe, “a um nível de abstração superior, e que faculte até uma útil aproximação dos preceitos que no cc se lhe referem”) e Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 470, nota 316.

mas atinentes a uma terceira via de responsabilidade⁷. A par de tudo isto, há ainda que lidar com a questão de um eventual concurso de responsabilidades.

Mas a exigência do caráter ilícito do comportamento determina, ainda, soluções no que respeita à forma como se devem conceber os restantes pressupostos delituais. Nas páginas que se seguem, procuraremos, depois de aprofundar (embora de forma não exaustiva) o tema da ilicitude, analisar algumas notas da influência que o requisito pode ter na conformação do dano. E, para o efeito, teceremos ainda breves considerações acerca do que vai conhecido por causalidade preenchedora da responsabilidade.

2.A ilicitude delitual: sua conformação

2.1.As modalidades de ilicitude

A primeira modalidade de ilicitude traduz-se na violação de direitos de outrem, conforme resulta do artigo 483.º/1 cc. Os direitos a que o preceito alude correspondem ao sentido técnico-jurídico do conceito, não identificando todas as posições ativas e vantajosas, mas

Negando as diferenças entre as duas modalidades, veja-se Gomes da SILVA, *O dever de prestar de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 300 s.; Pessoa JORGE, *Ensaio*, 40 e s.; Pedro Romano MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso*, 260 e s.; Menezes LEITÃO, “Acidentes de trabalho e responsabilidade civil/A natureza jurídica da reparação dos danos emergentes de acidentes de trabalho e a distinção entre as responsabilidade obrigacional e delitual”, *Revista da Ordem dos Advogados* (1988) 773 e s., tendo-se, porém, afastado deste entendimento em *A responsabilidade do gestor*, 95 s.

⁷ Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, 80 s.; IDEM, *Uma terceira via da responsabilidade civil?*, Coimbra: Almedina, 1997, 85; IDEM, *Teoria da confiança*, 111, n. 220. Aderem, igualmente, a uma terceira via de responsabilidade civil autores como Baptista MACHADO (“Tutela da confiança e venire contra factum proprium”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 117 [1985] 377; e IDEM, “A Cláusula do Razoável”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 119: 619); Menezes LEITÃO, *A responsabilidade do gestor*, 68 s. Sinde Monteiro, referindo-se especificamente aos contratos com eficácia de proteção para terceiros, considera que os deveres de proteção podem ser reconduzidos ao âmbito contratual e que o terceiro pode ser, por integração, inserido na esfera de proteção do contrato — *Responsabilidade por conselhos*, 525 —, mas considera que se deve recusar a aplicação em bloco do regime da responsabilidade contratual aos casos de preterição de tais deveres, aderindo, assim, também a uma terceira via, híbrida, de responsabilidade civil — cf. pág. 531. Manifestando-se contra uma terceira via de responsabilidade civil, cf. Mota PINTO, “A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento XIV, 150; Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 48 e 246; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 444 e 488.

tão-só os direitos subjetivos. Mesmo no quadro da jus-subjetividade, não é qualquer direito que recebe tutela aquiliana. A doutrina — embora não unanimemente — tem considerado que apenas é apta a desvelar a ilicitude delitual a violação de direitos dotados de eficácia *erga omnes*. Entre estes, contam-se os direitos reais, os direitos de propriedade industrial, os direitos de propriedade intelectual, os direitos de personalidade⁸.

Por seu turno, a segunda modalidade de ilicitude traduz-se na violação de disposições legais de proteção de interesses alheios. A aparente simplicidade enunciativa da segunda modalidade de ilicitude extracontratual — “violação de disposições legais de protecção de interesses alheios” — é proporcionalmente inversa ao grau de complexidade que a sua mobilização em concreto acarreta⁹. E se a dúvida que se podia citar em alguns espíritos acerca da bondade de autonomização dela por referência à violação de direitos absolutos se esvanece pelo rememorar da lição de Ihering e do seu acolhimento por Guilherme Moreira, dado que, ao privilegiar a separação estanque entre culpa e ilicitude, tinha de ser garantida a sindicância autonomizada da segunda, tornando-se imperioso, fora do quadro dos direitos absolutos, encontrar uma norma que viesse tutelar determinados interesses, nem por isso os problemas prático-normativos que daí resultam são eliminados¹⁰.

Desde logo é o alcance de *disposição legal* a ser posto em causa. Pois que, se no tempo da sua emergência, os ares do positivismo poderiam tornar líquida a resposta — no sentido da sua identificação com uma norma legal *tout court* —, hodiernamente, a recusa fundada

⁸ Sobre o ponto, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, 536 s. Cf., ainda, para outros desenvolvimentos Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, 146 s. Alguns problemas têm sido levantados a propósito dos direitos pessoais de gozo e dos direitos familiares pessoais.

⁹ A propósito da importância prático-normativa da consagração desta segunda modalidade de ilicitude, dicotomizando o domínio pessoal do domínio patrimonial, cf. Vaz SERRA, “Requisitos da responsabilidade civil”, *Boletim do Ministério da Justiça* 92: 94-95; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 237 s. Mais recentemente, cf., com amplo desenvolvimento, Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, Almedina, Coimbra, 2009. Na doutrina portuguesa, acerca desta modalidade de ilicitude delitual, *vide*, igualmente, Antunes VARELA, *Das obrigações*, 540 s.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 488 s.

¹⁰ A diferença entre o parágrafo I e II do § 823 BGB ou entre a primeira e a segunda modalidade de ilícito em Portugal esbateu-se no momento em que os bens da personalidade passaram a ser entendidos como direitos subjetivos. Neste sentido, cf., entre nós, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 237; e Vaz SERRA, “Requisitos”, 94 s.; Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a (re)compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Principia, 2013, 586.

de identificação do direito com a mera legalidade formal, o reconhecimento da índole constitutiva da tarefa judicativa e a obliteração do carácter injuntivo do cânone metodológico consagrado nos artigos iniciais do Código Civil legitimam a pergunta: interpretar-se-á ou não o segmento do artigo 483.º CC no sentido de nele integrar as *normas* de raiz jurisprudencial¹¹?

Erigida em modalidade charneira da responsabilidade, a violação de direitos absolutos assume-se como pórtico de entrada do instituto, identificando-o, as mais das vezes, por antonomásia. Seria, por isso,

¹¹ No sentido de considerar que em causa estão apenas as leis enquanto fonte de direito definida no artigo 1.º, n.º 2 do CC, cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 246. Admite, porém, que o conceito seja entendido em termos materiais. Assim, em causa estaria não só a lei em sentido próprio (emanada da Assembleia da República), mas todos os restantes atos legislativos e regulamentares. Essencial é que ela provenha de um órgão estadual. Sinde Monteiro, colhendo a lição germânica, apresenta os outros elementos essenciais da qualificação de uma norma como disposição legal de proteção de interesses alheios: 1) tem de proibir um determinado comportamento, acantonando-se aí a nota de ilicitude que se pretende desvelar, razão pela qual não podem ser consideradas para o efeito as normas que estabelecem nulidades de determinados atos (cf. IDEM, *Responsabilidade por conselhos*, 247 e n. 225); 2) tem de visar proteger interesses alheios, isto é, tem de dirigir à tutela de uma pessoa ou círculo de pessoas, não sendo suficiente que tenha por objetivo a protecção da coletividade em geral (cf. IDEM, *Responsabilidade por conselhos*, 249); 3) importa que a norma vise a proteção daquela pessoa contra aquela espécie de danos e contra aquele modo de lesão (aquele tipo de perigos) [cf. IDEM, *Responsabilidade por conselhos*, 249 e n. 234].

Não respondendo diretamente à questão, mas indiciando uma solução positiva, pela recusa de autonomização do abuso do direito como modalidade de ilicitude delitual, cf. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 205, n. 504. O autor considera ser o artigo 334.º CC uma norma de protecção de interesses alheios. Ora, o carácter aberto do preceito, a impor a sua redensificação em sede judicial, implica que seja o julgador a, em face das exigências do caso concreto, descobrir o dever de conduta concretamente violado. Em causa, portanto, a dilemática questão de saber se os deveres de prevenção do perigo se reconduzem à primeira modalidade de ilicitude, à segunda modalidade ou se se podem autonomizar das previsões do § 823 BGB (correspondente ao nosso artigo 483.º CC).

Na doutrina estrangeira, entre outros, para a especificação do conceito de disposição legal de proteção de interesses alheios, cf. RÜMELIN, “Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf und Zivilrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 90/2 (1900) 186 s.; Robert KNÖPFLE, “Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB”, *Neue Juristische Wochenschrift* (1967) 697-702; CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, *Festschrift für Karl Larenz* zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, München, Beck, 1983, 49 s; Heinrich DÖRNER, “Zur Dogmatik der Schutzgesetzverletzung”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung* 27 (1987) 522 s.

estranho que se invertesse a arquitetura consagrada, pela abertura desmedida da cláusula delitual, a permitir uma ampla tutela do património¹², pelo que se impõe a adoção de critérios de circunscrição da relevância da violação das disposições legais de proteção de interesses alheios. Em causa terá de estar a violação de uma norma legal, isto é, proveniente de um órgão estadual, posto que a legitimidade para edificar a referida proteção de certos interesses, ainda que não tutelados por via da atribuição ou reconhecimento de um direito subjetivo, reside no poder legislativo. Por outro lado, essa norma legal tem de proteger determinados interesses alheios, não bastando que vise a tutela de meros interesses gerais ou coletivos. Não quer isto dizer que a proteção desses interesses genéricos não possa integrar-se na teleologia da norma. Significa sim que esta deve integrar especificamente a tutela dos interesses alheios (de uma pessoa ou grupo particular de pessoas) entre os seus fins. Mais do que isso, a norma deve proteger — proibindo ou impondo um comportamento — contra um especial risco (contra um determinado dano infligido de um certo modo). Afirma Brüggemeier que importa saber se a norma tem ou não em vista a proteção de outros. O § 823 II, tal como o 823 I, assume-se como um âmbito de proteção de um especial interesse individual. Neste contexto, a tradicional fórmula, segundo a qual se impõe que a norma proteja não só a coletividade, mas também erija a proteção de uma pessoa ou grupo de pessoas, é uma tautologia. O problema passa por saber como determinar a finalidade da norma, abrindo-se dois caminhos: *a*) saber se a norma também prossegue a proteção de um interesse individual; *b*) saber se a proteção jurídica delitual desses interesses privados se justifica. Nesta medida, a norma deve proteger especiais interesses privados (*sachlichen Schutzbereichs*), de um especial círculo de pessoas (*personellen Schutzbereichs*), contra um especial risco (o bem jurídico deve ter sido violado pelo modo contra o qual

¹² Cf., no mesmo sentido, *inter alia*, IDEM, *Responsabilidade por conselhos*, 253; CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, 49 s. Canaris mostra-se, por isso, muito restritivo na qualificação das normas que podem aceder à qualificação de disposições de proteção. Sobre o ponto, em sentido tendencialmente concordante, veja-se, entre nós, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 253. Em sentido contrário, apresentando razões para a não circunscrição das normas de proteção às normas penais, veja-se ADELIADE MENEZES LEITÃO, *Normas de proteção*, 429. Cf., igualmente, pág. 418 (questionando se, para além da questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, as normas constitucionais podem ser utilizadas como disposições de proteção) e pág. 377 (onde se coloca o problema de saber se as normas internacionais e as normas comunitárias podem valer como tal).

a norma edificava a sua proteção — *modaler Schutzbereich*)¹³. A desvelação da segunda modalidade de ilicitude depende da assimilação do âmbito de relevância concreto do caso pelo âmbito de relevância hipotético, teleologicamente compreendido, de uma norma primária ordenadora de condutas, pelo que a imputação assim vazada transpira essa dependência e apresenta um recorte específico. Na verdade, a insuficiência do resultado para justificar a reação do ordenamento faz impender sobre a conduta o peso acrescido de ancoragem da imputação que se estabelece. E, exatamente por isso, ela apresenta uma concretude — própria da proibição normativa que foi posta em causa — que não pode deixar incólumes as soluções ensaiadas aquando da mobilização do sistema à luz das especificidades do caso concreto. Nesse sentido, ecoam as palavras de Sinde Monteiro a propósito do tema: “ (...) enquanto a ordem jurídica, ao conformar um direito como absolutamente protegido, apenas impõe a qualquer terceiro fazer o objetivamente possível a um homem médio para evitar o pôr em perigo desse direito, as disposições de proteção prescrevem formas de conduta bem concretas e determinadas, trazendo com isso para o lesado a vantagem de que a ilicitude do comportamento é mais fácil de comprovar”¹⁴.

Quer isto dizer que a desvelação da ilicitude com base na segunda modalidade terá repercussões dogmáticas importantes. Continuando a acompanhar o pensamento de Sinde Monteiro¹⁵, dir-se-á que, de acordo com o pensamento de inúmeros juristas, a primeira repercussão se há-de encontrar logo ao nível da culpa. Sublinha o autor que “a culpa tem agora de se referir apenas à própria violação da norma e já não à violação dos bens jurídicos”¹⁶. O alcance exato da afirmação só pode, contudo, ser logradamente apreendido se e quando tivermos em conta a estrutura da norma violada, reforçando-se a nota de dependência a que já fizemos alusão. Haveria como que uma antecipação da tutela. Tal antecipação equivaleria a uma antecipação do juízo de culpa, que apenas tem de se referir à violação da norma¹⁷.

¹³ Gert BÜGGERMEIER, *Haftungsrechts*, 537 s

¹⁴ Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 238.

¹⁵ E fazemo-lo neste ponto particular, como noutros, pelo especial e originário contributo do autor na matéria ao nível da doutrina pátria. Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 240 s.

¹⁶ Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 239. No mesmo sentido, cf., *inter alia*, TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Malburg: Elwert, 1904, 377-379; LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 445.

Cf., nota de rodapé seguinte.

¹⁷ Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 239. No mesmo sentido, cf., *inter alia*, TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, 377-379; LARENZ / CANARIS, *Lehr-*

buch, II /2, 445; Christian VON BAR, „Deliktsrecht, Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen? Wäre es insbesondere zweckmässig, die Grundtatbestände der § 823 Absätze 1 und 2, § 826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?“, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister der Justiz*, Bd. II, Köln: Bundesanzeiger Verlagsges., 1981, 1696, sustentando que, no caso de violação de uma norma de perigo abstrato, a culpa se limita à ofensa da norma e que há inversão do ónus da prova quanto a ela.

Em sentido diverso, cf. Hans STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Tübingen: Mohr, 1968, 22 e s. O Autor considera que o § 823 II BGB não se esgota na violação da norma, sustentando que a culpa também se deve referir ao interesse violado, uma vez que, se assim não fosse, o risco de responsabilidade tornar-se-ia tanto maior quanto mais geral e abstrata fosse a norma que preconiza uma proibição de pôr em perigo. Rejeitando o princípio geral de que, quanto mais abstrata seja a norma, mais severa deve ser a responsabilidade, cf. Sinde MONTEIRO, “Seguro automóvel”, para o que acaba por não prescindir totalmente do juízo de adequação a este nível.

De notar, igualmente, que, de acordo com o modelo imputacional que tivemos oportunidade de delinear na nossa dissertação de doutoramento, no caso da primeira modalidade de ilicitude, desenha-se, em concreto, a partir da preterição de deveres de segurança no tráfego, onde se incluem deveres de cuidado (que, uma vez lesados, permitem desvelar a culpa), uma esfera de risco/responsabilidade que estará na base da imputação de um resultado ao agente. Ora, a culpa há-de referir-se a essa esfera de responsabilidade e não a todos os danos-eventos que surjam. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, 914 s.

Veja-se, ainda, LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seevericherungsbedingungen”, *Festschrift für Wüstendörfer, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreuzehnter Band (113), 3/4, 1950, 206 s., 215, considera que a culpa/previsibilidade tem de existir em relação ao efeito danoso imediato, mas não em relação aos danos subsequentes; VON CAEMMERER, “Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen”, *Deutsches Autorecht* 70, 283 s., 290, sustenta que a culpa não tem de estar referida à direta lesão do bem jurídico, mas à criação de uma fonte de perigo; Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Frankfurt am Main: Peter Lang / Europäische Hochschulschriften, 2003, 217, sublinha que, ao nível da responsabilidade por culpa, esta não tem de se referir à direta violação do bem jurídico, mas à criação da fonte de perigo.

Entre nós, cf., a este propósito, Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexa causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça* 84 (Março 1959) 31, defendendo que o agente deve ter previsto o primeiro resultado contrário ao direito; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 318 (considerando que a culpa se deve referir à ofensa dos direitos e não apenas à infração do dever, como acontece na segunda modalidade de ilicitude, mas admitindo que tal não implica uma diferença de monta, já que é difícil conceber uma violação culposa de um dever no tráfego que conduza a uma lesão não culposa

Por outro lado, a violação da norma implica, segundo a posição de alguns autores, uma presunção de culpa¹⁸. *In fine*, tal antecipação teria consequências ao nível da causalidade¹⁹. Prescindir-se-ia a este nível

de direitos absolutos, exceto se eles fossem estabelecidos de forma abstrata).

Com isto acabamos por ser confrontados com outras nervuras problemáticas. Elas alimentam-se, sobretudo, por uma preocupação de coerência intrassistemática. A segunda modalidade de ilicitude: a) serve para ampliar o leque de bens jurídicos/interesses tutelados por via delitual; b) antecipa a tutela dos bens jurídicos protegidos ao nível da primeira modalidade de ilicitude. Um dos índices dessa antecipação passa pela referência da culpa, não ao resultado lesivo, mas à violação normativa. Não implicará a interpretação expendida a introdução de um fator de perturbação na medida em que se torna mais difícil a percepção da mais-valia das normas de proteção de interesses alheios? Não cremos que assim seja. Desde logo, há que perguntar “por que razão é que a antecipação da tutela ocorre por referência a interesses menos valiosos e não existe sempre que esteja em causa a violação de direitos absolutos”? Se a justificação pode passar pela intencionalidade que presidiu à edificação de um modelo delitual assente na estrutura iheringiana, bem como pela percepção da existência de comunidades de risco estabilizadas que determinam a intervenção do legislador, pronta a ser aproveitada em sede aquiliana, então perceberemos que, inexistindo uma disposição legal de proteção de interesses alheios, deixa de se presumir a esfera de risco/responsabilidade, que há-de ser construída em concreto, com apelo às circunstâncias paradigmáticas e exemplares, e provada pelo lesado. No fundo, ao contrário do que acontece se estivermos no seio da segunda modalidade de ilicitude, a contemplação da lesão concretamente experimentada vai ser essencial. Com isto podemos dizer que a culpa se refere ao resultado. Trata-se contudo do resultado imediatamente verificado e não daqueles danos subsequentes que, se forem também danos-lesão, colocarão problemas ao nível da própria imputação.

¹⁸ A este ensejo podemos referir duas grandes posições na doutrina: os Autores que defendem a existência de uma verdadeira inversão do *onus probandi* e os que se limitam a falar de uma presunção simples.

Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 265. Dando conta da divergência, *vide*, também, Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de proteção*, 728.

Cf., a este propósito, Hans STOLL, “Haftungsverlagerung durch beweismittliche Mittel”, *Archiv für die civilistische Praxis* 176 (1976) 145-196, em especial 179. O autor diz que não é possível falar, em geral, de uma presunção de culpa e de causalidade ao nível da violação de normas de proteção tendo em conta a estrutura e o conteúdo multifórmicos de tais prescrições legislativas. Em regra, poder-se-á falar de uma alteração do *onus probandi* ao nível das normas de pôr em perigo abstrato.

¹⁹ Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de proteção*, 689. Diz-nos a autora que “(...) [a] característica da ilicitude assente na própria ação e não num resultado determinado, designadamente a lesão de um bem jurídico determinado, implica consequências ao nível do nexa de causalidade. Com efeito, a causalidade tem de ser equacionada no contexto de normas de pôr em perigo”.

LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 433. Salientam os autores, no quadro da segunda modalidade de ilicitude, que importa que a pessoa lesada figure entre as que são protegidas pela pretensão indemnizatória. E além disso importa que o interesse seja tutelado pela norma. Há que saber, em concreto, se o risco específico nesta previsto se verificou. Mas, contrariamente ao entendimento do BGH, não se trata de uma questão de causalidade. Na verdade, segundo os insignes juristas, não

da ideia de adequação e da ideia de probabilidade que lhe anda associado²⁰, porque o que revelaria seria saber se o dano se inscreve ou não entre aqueles que a norma visava obliterar.

Os autores questionam se a segunda modalidade de ilicitude se limita a antecipar a reforçar a tutela que é dispensada aos bens jurídicos tutelados ao abrigo da primeira modalidade de ilicitude ou se verifica, de facto, um alargamento dos interesses mercedores de proteção. A questão foi colocada sobretudo na Alemanha, a propósito da relação entre o § 823 I e o § 823 II BGB, mas deve ser ponderada entre nós, atenta a similitude dos modelos aquilianos com que estamos a operar.

Ora, a nossa resposta não pode ser senão a de que — para além de antecipar e reforçar a tutela, nos moldes atrás enunciados — há um efetivo alargamento do leque de bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico. Contra o que sustentam alguns autores²¹, não tem de haver uma coincidência entre os interesses aqui intencionados e os bens jurídicos protegidos, *ex via direito absoluto*, ao abrigo da primeira modalidade de ilicitude. O segmento em apreço do artigo 483.º, n.º 1 CC — embora da forma prudente que impele à contemplação da conduta e não apenas do resultado — é de molde a alargar o espectro dos valores tutelados delitualmente. De outro modo, tornar-se-ia incompreensível — se bem que não despcienda — a bifurcação criteriológica²². O que não significa, porém, que não possa haver uma

questionamos aí se a violação da norma foi causal, já que o que tem de ser causal é a conduta do lesante em relação ao dano. A violação da norma diz respeito à *Tatbestandsmäßigkeit* e à *Rechtswidrigkeit*, só sendo relevante a esse ensejo; já a causalidade representa uma conexão entre a conduta e o dano.

Veja-se, ainda, ERICH SCHICKEDANZ, “Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie”, *Neue Juristische Wochenschrift* 24/1 (1971) 917 s.

²⁰ Como veremos, abandonaremos também o critério da causalidade adequada ao nível da primeira modalidade de ilicitude. Sobre o ponto, cf. o que se dirá *infra*.

²¹ Assim, cf. TRÄGER, *Der Kausalbegriff*, 376 s., considerado que o § 823 II não acrescenta nada ao § 823 I BGB, sendo o seu alcance meramente subjetivo, ou seja, ele só teria relevo em sede de determinação da culpa que se passa a referir à norma violada e não ao resultado. Para ele, não é bastante a violação culposa da norma de proteção, sendo necessário que o resultado lesivo implique a preterição de um dos bens jurídicos previstos no § 823 I BGB.

²² Assim, na Alemanha, o § 823 I serviria para tutelar direitos e bens jurídicos com eficácia *erga omnes*, enquanto o § 823 II se destinaria à proteção de interesses.

Sobre o ponto, cf., igualmente, CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, 49 s., considerando que o § 823 II BGB cumpre uma dupla função: complemento e concretização da primeira modalidade de ilicitude; alargamento da tutela nos delitos de perigo abstrato. Caso a disposição legal de proteção de interesses alheios vise tutelar um dos bens elencados no § 823 I BGB, ela funciona como uma mera concretização da tutela; na hipótese inversa, o preceito aproxima-se do § 826 BGB.

Veja-se, ainda, WOLFHARD KÖHTE, “Normzweck und Interessenabwägung bei

coincidência entre eles²³.

Já a terceira modalidade de ilicitude será conformada pelo abuso do direito, entendido, em termos objetivos, como a desconformidade entre o exercício do direito que formalmente se invoca e os princípios normativos que louvam o sistema.

2.2. A relação entre as diversas modalidades de ilicitude. Ilicitude de conduta e ilicitude de resultado versus desvalor de conduta e desvalor de resultado

No ordenamento jurídico alemão, opõe-se a *Lehre von Erfolgsunrecht / Erfolgsunrechtlehre* à *Lehre von Verhaltensunrecht / Verhaltensunrechtlehre*. O problema coloca-se sobretudo a propósito da primeira modalidade de ilicitude no que respeita às lesões indiretas e traduz-se na questão de saber se a ilicitude assenta no resultado ou na conduta.

Abandonando-se uma visão formal com que ele poderia, erroneamente, ser captado, passou a discutir-se se faria ou não sentido aproveitar a lição do penalista Welzel, importar para o domínio do direito civil a doutrina da ação final e, assim, passar a considerar o dolo e a

der Auslegung des § 823 II BGB, — BGH NJW 1987, 1818”, *Jura* Heft 3 (1988) 125 s., em especial 128 s., sublinhando a importância da segunda modalidade de ilicitude ao apresentar a sua dupla função: alargamento das hipóteses susceptíveis de ressarcimento; repercussão em sede processual.

²³ Importa, a este ensejo, referir que dialogam na doutrina duas posições acerca da concreta comunicação entre as duas modalidades de ilicitude. De um lado, encontramos os autores que, constatando a coincidência de bens jurídicos tutelados por uma e outra, sustentam que a segunda via de desvelação do ilícito não pode funcionar no sentido da limitação do âmbito de proteção conferido pela primeira. Nesse sentido, cf. SINDI MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 254 s.; Nuno Manuel Pinto de OLIVEIRA, “O problema da ilicitude das condutas conformes às leis de protecção do ambiente. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.1.2002”, *Cadernos de Direito Privado* 12 (Outubro/Dezembro, 2005) 13-20; Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 561. De outro lado, estariam aqueles que sustentam que a norma de protecção positivaria uma ponderação entre interesses do lesante e do lesado pelo que qualquer conduta que, atentando bens jurídicos nela tutelados, não preenchesse o seu conteúdo impositivo e/ou proibitivo deveria ser considerada lícita. Cremos não ser sustentável o segundo entendimento posto em diálogo. Duas razões apontam claramente no sentido do seu afastamento: a) aceitá-lo implicaria um reconhecimento de que o estrato normativo ditaria a relevância jurídica dos comportamentos, independentemente das exigências de sentido comunicadas por cada caso, aproximando-nos perigosamente de uma lógica positivista nos termos da qual o que não é proibido é permitido; b) em contravenção com a própria ideia do domínio ou predomínio sistemático, inverter-se-ia a relação hierárquica entre as hipóteses delituais básicas plasmadas pelo legislador.

negligência por referência à ilicitude. Paralelamente, embora os problemas não se confundam, intensifica-se o debate entre os defensores da ilicitude da conduta e da ilicitude do resultado²⁴. A doutrina da ilicitude do resultado (*Lehre von Erfolgsunrecht / Erfolgsunrechtlehre*) contenta-se com a violação do direito ou bem jurídico para a afirmação, ou pelo menos indicição²⁵, da ilicitude; para a teoria da ilicitude da conduta (*Lehre von Verhaltensunrecht / Verhaltensunrechtlehre*) só seria assim nos casos de atuação dolosa, pressupondo-se, nas restantes situações, a violação de um dever objetivo de cuidado.

Precedendo temporalmente a segunda posição, o pensamento centrado no resultado, defendendo uma ação causal, torna-se problemático em determinadas situações, como aquelas em que emergem danos causados indiretamente, e conduz, ou pode conduzir, a situações bizarras. Quem o diz é Larenz, argumentando com o caso do fabricante de armas, cujo comportamento pode ser tido como causa adequada da morte de um sujeito, sem que verdadeiramente se possa

²⁴ Sobre estas questões, cf., *inter alia*, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação*, 567 s.; Wolfgang MÜNzBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt am Main: Klostermann, 1966, 109 s. e 201 s.; Karl LARENZ / Claus-Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 2, *Besonder Teil*, 13 Aufl., München: C. H. Beck, 1994, 364 s.; Ribeiro de FARIA, « Algumas notas sobre o finalismo no direito civil », *Boletim da Faculdade de Direito* 69 (1993) 74 s.; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989, 300 s.; NILS JANSEN, „Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB“, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 202, 2002, 517 s.; LARENZ, „Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht“, in *Festschrift für Dölle*, Band I, Tübingen: Mohr / Paul Siebeck, 1963, 169 s.; VON CAEMMERER, „Bereicherung und unerlaubte Handlung“, *Festschrift für Rabel*, Band I, 1954, 333; IDEM, „Wandlung des Deliktsrechts“, *Festschrift zum 100 jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, Bd. II, 1960, 49 (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Freiburg: Mohr Siebeck, 1962, 452 e s.); IDEM, „Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB“, *Karlsruher Forum (Beiheft)*, 1961, 24 s. (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Freiburg: Mohr Siebeck, 1962, 554 s.); WEITNAUER, „Gedanken zum Problem der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens“, *VersR*, 61, 1057 s.; ZIPPELIUS, „Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg“, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 157, 390 s.; IDEM, *Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966; Oliveira ASCENSÃO, *Ação finalista e nexos causal*, Faculdade de Direito de Lisboa, 1956, dissertação do curso complementar de Ciências Jurídicas (policopiado); L. Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 9.^a ed., Coimbra: Almedina, 2010, 313 s.; Nuno Pinto de OLIVEIRA, “Sobre o conceito de ilicitude do artigo 483.º cc”, *Separata do Livro dos Estudos em Homenagem a Francisco José Veloso*, Braga, 2002, 528 s.

²⁵ A nuance deve-se ao facto de se excluir a ilicitude sempre que, em concreto, intervesse uma causa de justificação.

chancelar de ilícita a sua atividade²⁶. Assiste-se, face à constatação, à defesa da posição segundo a qual a ilicitude se colimaria na conduta e não no resultado²⁷. A solução, reservada para os delitos negligentes, implicava que “a conduta deveria estar em contradição com uma norma do ordenamento no próprio momento da ação e não somente em atenção ao resultado lesivo posteriormente verificado”²⁸. De todo o modo, segundo um dado entendimento, a consideração da conduta ficaria circunscrita às hipóteses de lesões indiretas ou danos indiretos²⁹. Distingui-los daqueles outros diretos passa a ser, portanto, uma tarefa prioritária do jurista, sem que, contudo, se tenha gerado unanimidade em torno dos critérios da dicotomia, ensaiados por autores como Von Caemmerer³⁰, Larenz³¹, Hans Stoll³², entre outros. Por direta, dever-se-ia entender a violação que cai no âmbito do próprio decurso da ação. No que a esta respeita, deve considerar-se ilícito o ato que atente diretamente um bem jurídico dotado de uma protecção

²⁶ Cf. LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 364 s. (cf., também, 368, considerando que o problema fica solucionado logo ao nível do *Tatbestand* de responsabilidade, cuja função é a delimitação de comportamentos que podem servir de base à responsabilidade extracontratual, pelo que a colocação de certos produtos no mercado não pode surgir como violação dos bens jurídicos ou direitos previstos no § 823 BGB. É que, em alguns casos, o comportamento só releva pela violação de uma obrigação de evitar o perigo). Veja-se, quanto ao ponto, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade*, 307.

²⁷ Cf. ENNECCERUS / NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 15. Aufl., Tübingen: Mohr, 1960, 860 s.; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 109 s. e 201 s.; KÖTZ / WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearb. Aufl., München: Franz Vahlen, 2010, 49 s.

²⁸ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade*, 300, acrescentando que “não age ilicitamente quem actua no âmbito da adequação social”. Veja-se, sobre o ponto, LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 365, criticando a ideia segundo a qual a ilicitude deve partir da violação de uma norma especial.

²⁹ Cf. LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 365; LARENZ, “Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht”, 183 s. Note-se que, segundo o depoimento do autor citado (cf. *ibid.*, 366), os defensores da doutrina da ilicitude da conduta insistem que a ilicitude, mesmo na intervenção direta sobre bens jurídicos, se encontra na violação do dever. E adianta, em tom crítico, que “o que eles não têm suficientemente em conta é que este surge a partir da ameaça de um resultado negativo que possa avultar”.

³⁰ VON CAEMMERER, “Wandlung des Deliktsrechts”, 49, 77 s., e 131 s.; IDEM, “Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB”, *Karlsruher Forum (Beiheft)* (1961) 24 s. (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Freiburg: 1962 Mohr Siebeck, 554 e s.).

³¹ LARENZ, “Rechtswidrigkeit”, 183 s.; IDEM / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 365 s.

³² HANS STOLL, “Unrechtstypen bei Verletzung Absoluter Rechte”, *Archiv für die civilistische Praxis* 162: 229 s.

erga omnes. Tomando como sustentáculo de argumentação o caso dos produtores de objetos potencialmente perigosos, Larenz adianta que, sendo a produção de tais bens uma condição no plano natural, não pode ser um nexu causal direto a determinar a ilicitude. Necessário é que se verifique a violação de uma obrigação de comportamento que o autor qualifica dogmaticamente como uma *Gefahrvermeidungspflicht* (obrigação de evitar o perigo)³³. Outra seria a situação das lesões diretas dos bens jurídicos e direitos contemplados no § 823 II BGB. Se no caso da enfermeira que fornece uma dose mortal de um medicamento ao paciente, não se estando diante de um comportamento ilícito sem mais e concluindo-se que a descrição do evento não é só um problema descritivo e ontológico, antes desempenhando aqui um papel fulcral a argumentação jurídica, é crucial entender que os protagonistas daquelas condutas diretas devem abster-se de produzir o resultado negativo, havendo também aqui a violação de uma obrigação de comportamento — *Erfolgsvermeidungspflicht* (obrigação de evitar o resultado). Para Larenz, a distinção entre a *mittelbaren Beeinträchtigungen* e a *unmittelbaren Eingriffen* não é supérflua, tendo consequências dogmáticas ao nível da divisão entre a *Gefahr- und Erfolgsvermeidungspflicht*³⁴. Na prática, tal implica que, no tocante às primeiras, apesar das prováveis consequências negativas, o sujeito deve comportar-se como faz, adotando certas medidas de cuidado; e no tocante às segundas, que ele deve agir de um modo diverso. Torna-se, assim, clara a diferença entre a *Erfolgsunrecht* e a *Verhaltensunrecht*³⁵. O problema situar-se-ia, contudo, ao nível do *Tatbestand*, ou seja, no quadro da delimitação dos comportamentos delitualmente relevantes³⁶. É que, em determinadas situações, a conduta só releva se for violada uma obrigação de evitar o perigo. Denota-se, portanto, uma *nuance* na ordenação sistemática dos pressupostos delituais a implicar o afastamento em relação a uma visão mais ortodoxa do problema. Segundo esta, a ilicitude por intervenções indiretas só ocorreria diante da violação de um dever, não se

³³ LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 366; e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade*, 306.

³⁴ Cf. LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 367, que aqui acompanhamos de muito perto.

³⁵ Cf. LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 367.

³⁶ Cf. LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 368. Convém, porém, notar que se trata de uma mutação do pensamento do autor, já que, como o próprio refere, na 12ª edição das suas lições considerou que o problema devia ser tratado ao nível da controvérsia entre a ilicitude do resultado e a ilicitude da conduta como um problema atinente ao ilícito.

podendo aplicar o *Modell of Rechtswidrigkeitsindikation*³⁷.

Independentemente do acerto de uma e outra posição³⁸, inegável é que — sendo imprescindível a lesão de um dos bens absolutamente protegidos ou de um dos interesses tutelados pelas disposições previstas no §823 II BGB — o resultado haverá de se verificar sempre. Isto vem explicar não só a importância dada ao requisito causal, na Alemanha, como a sua conceção binária, dividindo-o a doutrina na chamada causalidade fundamentadora da responsabilidade e na causalidade preenchedora da responsabilidade, algo que não é estranho ao nosso espetro jurídico.

Entre nós, de facto, atento o paralelismo com o mundo delitual germânico, para além de a doutrina aderir recentemente à cisão entre as duas formas de causalidade, a dúvida acerca da predicção da ilicitude na conduta ou no resultado tem sido, igualmente, equacionada. De forma clarividente a propósito da primeira modalidade de ilicitude, razões há que parecem depor no sentido da configuração da ilicitude segundo o resultado. De facto, de acordo com o desenho traçado pelo legislador, a reação do ordenamento jurídico desencadeia-se com a lesão do bem jurídico absolutamente tutelado. No mais, é a função reipersecutória da responsabilidade civil que marca aqui a sua presença. Acresce que parece ser esta a melhor via de se garantir a fidelidade ao modelo bipartido entre a ilicitude e a culpa.

Não obstante, isto não nos faz resvalar na pureza da consideração do resultado. Dois são os pontos em que ancoramos o nosso entendimento. Por um lado, sabemos-lo já, o direito ajuíza condutas, pelo que só um comportamento humano pode ser chancelado como desvalioso ou não. Simplesmente, isto não constitui fundamento bastante para a proscrição da doutrina da ilicitude do resultado, pois, como vimos, os seus cultores não deixam de relevar em termos adequados a atuação humana por detrás do efeito. O ponto foi, aliás, sublinhado, entre nós, por Sínde Monteiro, quando afirma que “basta, para assegurar a conexão funcional do conceito, partir do princípio de que o juízo so-

³⁷ Cf. LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 368, que aqui continuamos a acompanhar de muito perto.

No caso das lesões diretas, o resultado indicaria a ilicitude com a violação da obrigação de evitar o resultado (*Erfolgsvermeidungspflicht*); para o dano indireto, a violação da obrigação de evitar o perigo indicia com o resultado a ilicitude.

³⁸ Para análise dos argumentos que avançamos no sentido de recusar a doutrina da ação final e para recusarmos uma ideia de ilicitude da conduta, pese embora consideremos que o desvalor de conduta (que com aquela não se identifica) estará sempre presente, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. v.

bre a ilicitude incide sobre um comportamento externo desaprovado enquanto tal, tomando (...) como fundamento da valoração o próprio resultado quando este se verifica no decurso da ação, não constituindo um efeito afastado ou longínquo da conduta³⁹. Por outro lado, qualquer requisito de procedência de uma pretensão indenizatória há-de ser informado pela intencionalidade específica da juridicidade, pelo que não fará sentido olhar para o resultado na sua pureza. Há-de, portanto, valorar-se o resultado perspetivando-o como efeito da preterição de um dever de respeito diante do nosso semelhante. E porque não somos ilhas em confronto com os demais, essa preterição não implica somente a invasão de uma esfera de exclusão do outro, mas igualmente a violação positiva de deveres de cuidado/segurança para com o outro. Acontece que estes são mais amplos e mais abstratos que os deveres objetivos de cuidado, entendidos em sentido técnico, pelo que não é só a culpa que entra em cena, mas uma ideia de imputação objetiva a partir da qual cada um responde por determinadas consequências da sua conduta.

O que aqui fica dito compreende-se até num outro posicionamento metodológico. Não é a morte em si que pode ser cancelada de ilícita, mas a morte provocada por um terceiro. Não se estranha, por isso, que o pensamento tradicional tenha insistido na necessidade da descoberta de um nexo de causalidade entre aquele resultado e a ação humana que lhe deu azo⁴⁰.

Donde, podemos talvez experimentar algumas conclusões.

Do ponto de vista teleonomológico, e pela convocação dos princípios, é viável continuar a defender-se uma ilicitude preferencialmente ancorada no resultado.

Em homenagem ao modelo iheringuiano, a violação do direito absoluto deve ser vista como o ponto de ancoragem da judicativa realização do direito no caso concreto (o que, aliás, terá consequências importantíssimas em sede de causalidade, quer da causalidade fundamentadora da responsabilidade, quer da causalidade preenchedora da responsabilidade). Arredada a *faute* napoleónica, colhido o ensinamento dos antigos, e metodologicamente desaconselhada uma interpretação hermenêutica de tipo subjetivista histórico que perscrute, enquanto assume como objeto a norma texto, a vontade do

³⁹ Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 305.

⁴⁰ Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 307, explicitando que, de acordo com a tradicional teoria da ilicitude do resultado, é de considerar objetivamente antijurídica toda a ofensa a um bem ou direito absolutamente protegidos, desde que entre a conduta do agente e aquela ofensa se verifique um nexo de causalidade adequada.

legislador, cremos, ainda assim, haver boas razões para a manutenção do *status quo* doutrinral.

Mas isso não acarreta que fiquemos presos a um formalismo conceitualista que olvide a intencionalidade material e a densificação ética do instituto. A projeção dogmática da escarpelização que fizemos do princípio normativo do direito enquanto direito, na sua aplicação à responsabilidade civil, pode conhecer diversos cambiantes. Embora orientados pela violação de direitos absolutos, não estamos condenados a derramar sobre o critério de sindicância anunciado um olhar axiologicamente neutro. Pelo contrário, procurando interpretar o artigo 483.º CC à luz da sua inserção sistemática, iluminada pela sua teleologia última (teleonomologia), naquilo que resulta da simbiose adequadamente compreendida dos dois objetivos da interpretação que apenas aparentemente se dicotomizam — a interpretação dogmática e a interpretação teleológica —, somos forçados a concluir que aquela lesão de que se lança mão está eivada da marca de desvalor. A ideia de ilicitude do resultado justifica-se por uma opção dogmática que não reduz à irrelevância o pináculo sustentador do sistema. Até porque estamos longe dos postulados jusnaturalistas que impõem uma visão do mundo juridicamente comprometido à luz de uma racionalidade apodítica de matriz dedutivista. Aquele admite múltiplas concretizações, e quem queira assumir logradamente o seu papel de jurista, na profundidade que o caracteriza, deve estar atento para, no momento da mobilização da norma, a interpretar na sua remissão para os princípios.

A violação de direitos absolutos apresenta-se como um dos pressupostos de uma pretensão indemnizatória procedente não porque eles irradiem uma eficácia *erga omnes*, mas porque, consubstanciando o último reduto da afirmação da personalidade, o agente lesivo, com a sua atuação, pretere princípios fundamentais da juridicidade.

Do ponto de vista do titular de um direito subjetivo que, com a sua atuação, lesa um terceiro, a ilicitude colima-se no mau uso da sua liberdade e apresenta um figurino eticamente cunhado que nos autoriza a encontrar para a responsabilidade civil um fundamento sancionatório que, não se confundindo com uma função punitiva, visa atualizar a personalidade do agente perpetrador do ato.

Ora, se assim é, a desvelação da ilicitude por esta via, não ficando dependente da aferição da culpa, fica, contudo, refém de um nexo de imputação, ou seja, impõe-se o preenchimento da chamada causalidade fundamentadora da responsabilidade.

A opção fundada pela ilicitude colimada no resultado não impe-

de que se fale ao nível da ilicitude de um desvalor de conduta. O binómio ilicitude do resultado vs. ilicitude da conduta não se confunde com o binómio desvalor de resultado vs. desvalor de conduta.

Dir-se-á, então, que, pré-compreendendo os dois vetores que animam o direito delitual — o desvalor de resultado e o desvalor de conduta —, o primeiro anuncia a ilicitude resultante da violação de direitos absolutos e o segundo aquela colimada no excepcional abuso do direito. Situar-se-á a segunda modalidade de ilicitude a meio caminho. Por um lado, inexistente um resultado que, por si só, garanta a antijuridicidade da conduta. Por outro, não é qualquer infração que desencadeia a pretensão ressarcitória, mas só aquela que aponte para um mínimo de incidência negativa na esfera do outro, o que, sendo denotado pelo apego ao interesse legalmente protegido, nos fará encontrar o critério de ancoragem para a delimitação da categoria em apreço. É certo que tudo isto deve ser entendido *cum grano salis*. Não só o resultado não pode deixar de relevar, qualquer que seja a modalidade de ilicitude delitual concretamente em causa, atentas que sejam as finalidades primárias do instituto, como o desvalor de conduta não pode deixar de marcar o seu trilha conjuntamente com ele. O que se pretende, pois, assinalar é o maior ou menor pendor que cada um deles assume consoante a forma de imputação selecionada à luz das especificidades do caso concreto⁴¹.

Em suma, somos confrontados com três grandes formas de imputação, baseadas em três outras modalidades de ilicitude, a compreenderem-se segundo um peso específico atribuído aos dois desvalores que conformam o mundo delitual: desvalor de resultado no caso da violação de direitos absolutos; conjugação entre o desvalor de resultado e o desvalor de conduta, com este a colmatar o menor peso relativo daquele, pelo menor peso axiológico dos interesses em causa relativamente aos direitos absolutos, no caso da violação de disposições legais de protecção de interesses alheios⁴²; desvalor de conduta acrescido na hipótese de abuso do direito⁴³.

⁴¹ Neste sentido, KNÖPFLE, “Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB”, *Neue Juristische Wochenschrift* (1967) 697-702. Considera o autor que o § 823 I encerra, sobretudo, um desvalor de resultado; ao invés, o § 823 I faz sobressair o desvalor de conduta (cf. pág. 700).

⁴² Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, 536, n. 2. Referindo-se à segunda modalidade de ilicitude, o autor afirma que “a lei quer proteger esses interesses, mas não quer deixar a respetiva tutela na livre disponibilidade das pessoas a quem respeita”.

⁴³ Veja-se, quanto ao ponto, J. RÖDIG, *Erfüllung des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB durch Schutzgesetzverstoss*, 1973, 78 s.; Thomas HONSELL, „Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB“, *Juristische Arbeitsblätter*, 15/3 (1983)

2.3. A justificação da ilicitude como requisito autónomo de procedência de uma pretensão indemnizatória

Se atentarmos nas soluções dispensadas pelos diversos ordenamentos jurídicos para alguns dos problemas relevantes do ponto de vista extracontratual, teremos de concluir que mesmo aqueles que não se detêm na consideração de um resultado ilícito acabam por não se distanciar sobremaneira das decisões a que chegaríamos no nosso ordenamento jurídico⁴⁴. Assim sendo, impõe-se uma questão: por que razão faz sentido exigir a ilicitude como um requisito autónomo da procedência de uma pretensão indemnizatória? Não nos fará isso cristalizar, *a priori*, os bens jurídicos e interesses que podem ser objeto de proteção, dificultando a adaptação da disciplina delitual à evolução do todo social?

O problema foi equacionado ao nível europeu, no âmbito dos projetos de harmonização do direito delitual europeu. Na verdade, com vista à elaboração de um Código Civil Europeu, foram sendo criados diversos grupos que, levando a cabo estudos de direito comparado, elaboraram projetos normativos que lidam com a responsabilidade civil extracontratual. Nesse ensejo, discutiu-se se os mesmos

101 (considerando que os §§ 823 I e II têm o mesmo valor, sendo ambos integrados por um dever do tráfico, que num caso é concretizado jurisprudencialmente - § 823 I — e noutro caso tipificado pelo legislador - § 823 II).

⁴⁴ Nesse sentido, cf. David HOWARTH, “The general conditions of unlawfulness”, *Towards a european civil code*, in Arthur HARTKAMP *et al.*, ed., 3.^a ed., Amsterdam, 2004, 619 s., em especial 623 e s. Consoante explica o autor, enquanto o ordenamento jurídico alemão coloca, por via do requisito da ilicitude, obstáculos à indemnizabilidade de princípio dos danos puramente patrimoniais, embora não negue absolutamente o seu ressarcimento (sobretudo se os mesmos forem causados intencionalmente e sobretudo porque admite formas de responsabilidade que são desconhecidas noutros ordenamentos jurídicos — pense-se, por exemplo, nos contratos com eficácia de protecção para terceiros ou nas tentativas de problematização de um direito à electricidade, do abuso do direito, entre outras — cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade*), em França parece não haver qualquer restrição inicial à sua reparação. Contudo, por via da causalidade e do dano — que tem de ser certo e directo (sendo variadas as interpretações acerca do requisito) — é possível chegar a conclusões similares. Cf., igualmente, Mauro BUSSANI / Vernon PALMER, “The frontier between contractual and tortious liability in Europe: insights from the case of compensation for pure economic loss”, *Towards a european civil code*, 697 s.

Sobre o ponto, cf., ainda, Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade*, ponto 3, cap. I, parte I.

deveriam ou não ser estruturados em torno de um conceito autónomo de ilicitude. Falamos do *Draft Common Frame of Reference* e dos *Principles of European Tort Law*⁴⁵.

A este propósito, David Howarth analisa as possíveis vantagens e inconvenientes da autonomização do requisito da ilicitude ou da autonomização de uma lista de interesses protegidos, cuja preterição seria essencial para que pudesse haver ressarcimento. Desde logo, o autor aduz que, por esta via, o legislador passa a ter um controlo sobre a extensão da responsabilidade, podendo excluir certas formas de dano que, de acordo com o pensamento político dominante, não devem ser indemnizados⁴⁶. Simplesmente, segundo a reflexão do autor, tal opção leva a que um código se torne rapidamente obsoleto, ao mesmo tempo que conduz a interpretações criativas por parte dos juristas, que acabam, assim, por pôr em causa a intenção originária do poder legislativo. Por outro lado, os argumentos em geral mobilizados para determinar quais os interesses cuja preterição deve conduzir à reparação não são pacíficos, nem unanimemente aceites⁴⁷. Simultaneamente, a simples listagem de tais interesses não nos mostra, com evidência, as situações em que se deve excluir a imputação. Em alternativa, o modelo francês deixa no ar a ideia de que muito mais é considerado pelos Tribunais, para além do dano e da causalidade, o que pode levar a concluir que o sistema da *faute* é pouco transparente⁴⁸.

Não cremos que as dúvidas patenteadas pelo autor consigam ferir de morte o requisito da ilicitude. Na verdade, alguns são os erros em que se deixa enredar. Em primeiro lugar, Howarth parece olhar para o direito na ótica do direito positivado pelo legislador, o que o leva a afirmar que a intenção originária deste pode ser posta em causa por interpretações criativas da norma ou, ao invés e caso estas não existis-

⁴⁵ Frank EMMERT, “The Draft Common Frame of Reference — The most interesting development in contract law since the Code Civil and the BGB”, *Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper no. 2012-08*, <www.ssrn.com/abstract=2025265>; Hort EIDENMÜLLER *et al.*, “The Common Frame of Reference for European Private Law — Policy Choices and Codification Problems”, *Oxford Journal of legal Studies* 28/4 (2008) 659-708; Christian VON BAR, “A Common Frame of Reference for European Private Law — Academic Efforts and Political Realities”, *Electronic Journal of Comparative Law* 12/1 (2008) <www.ejcl.org/121/art121-27.pdf>; IDEM, “The launch of the Draft Common Frame of Reference”, <http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2008_1_4.pdf>; Fernando GOMEZ POMAR, “The empirical missing links in the Draft Common Frame of Reference”, *Indret* 1 (2009) <www.indret.com>.

⁴⁶ David HOWARTH, “The general conditions of unlawfulness”, 634.

⁴⁷ David HOWARTH, “The general conditions of unlawfulness”, 634-635.

⁴⁸ David HOWARTH, “The general conditions of unlawfulness”, 637.

tam, que a passagem do tempo determinará rapidamente a obsolescência do modelo delitual. Em segundo lugar, e pese embora a ideia de ilicitude comece a formar-se historicamente no período do jusracionismo iluminista, que funciona como fator de emergência do positivismo, a intencionalidade com que o requisito é hoje pensado dista, sobremaneira, do modo como foi concebido outrora, pelo que, em rigor, não é a tentativa de controlo da extensão da responsabilidade pelo legislador que está em causa, mas a necessidade de contê-la dentro de determinados limites. Aliás, os diversos pressupostos de procedência de uma pretensão indemnizatória são exatamente pensados para evitar excessos de responsabilidade, quer em homenagem a outros princípios estruturantes do ordenamento jurídico⁴⁹, quer em homenagem à ideia de que uma responsabilidade ilimitada acaba por violar o sentido de justiça que se procura. E é a desconsideração desses outros requisitos que parece motivar alguma da desconfiança de Howarth. Em rigor, não só a ilicitude não é reduzida, por muitos autores, a uma formalista violação do direito protegido, porque, mesmo que não se adira a uma ideia de ilicitude da conduta, não podemos esquecer-nos de uma ideia de imputação do resultado lesivo à conduta, que vai muito além de uma simples ideia causalista⁵⁰, como ela interage com os restantes pressupostos do ressarcimento⁵¹. Acresce que a opção entre uma listagem de interesses protegidos e a previsão de uma (ou várias) cláusula(s) de ilicitude não é, necessariamente, inócua, pois a segunda alternativa evita a temida prisão a um leque de bens pré-definidos com desconsideração de outros, cuja importância pode aumentar no futuro. *In fine*, a responsabilidade civil não deve, nem pode ser vista como um mero expediente técnico-jurídico. Na verdade, há todo um leque de princípios normativos — entre os quais avulta o princípio da responsabilidade, diretamente entroncado na personalidade livre que alicerça toda a juridicidade — que funcionam como auxiliares da tarefa interpretativa dos diversos critérios delituais, entre os quais a ilicitude, que assim pode ser densificada, na dupla transcendência por esses princípios e pelo caso concreto e as exigências que ele coloca.

A presença da ilicitude no esquema delitual parece dar resposta a duas das funções da responsabilidade civil. Por um lado, ao restringir

⁴⁹ Pense-se, por exemplo, na questão da não-aceitação da eficácia externa das obrigações.

⁵⁰ Cf., sobre o ponto, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*.

⁵¹ Há, aliás, cada vez mais autores a falar de uma ideia de sistema móvel, em que cada um dos pressupostos delituais condiciona e é condicionado pelos restantes.

o ressarcimento à lesão de determinados bens jurídicos, o ilícito permite ligar o instituto a uma ideia reipercussória e de reafirmação contrafactual dos valores ofendidos; por outro lado, ao implicar um desrespeito por bens jurídicos tidos por fundamentais e, portanto, pela pessoa do outro, o lesante suporta (quando verificados os restantes requisitos) o encargo da reparação como forma, não só de compensar o lesado, mas também de atualizar dialeticamente a sua liberdade, indissociável da sua responsabilidade. Além disso, deve entender-se que a contenção dos limites da responsabilidade delitual cumpre dois propósitos. Por um lado, responde a uma exigência de justiça, para evitar hipóteses de hiper-responsabilidade. Por outro lado, visa salvaguardar princípios fundamentais do ordenamento — v.g. livre concorrência, liberdade de exercício de uma atividade económica — e a própria conformação do mercado, que tem de se compatibilizar com os princípios normativos que sustentam o modelo ressarcitório. Acresce que a adequada compreensão do modo como se realiza o direito, a afastar-se de toda e qualquer forma de positivismo, garante a constante abertura do sistema a novos valores e novos bens jurídicos que nele venham a ser integrados. Fundamental é que passem a ser objeto de um direito absoluto ou que sejam tutelados por uma disposição legal de proteção de interesses alheios.

E se não se nega que estes objetivos poderiam ser alcançados por outra via, haveremos de reconhecer duas vantagens com esta solução. Em primeiro lugar, garante-se um maior rigor dogmático, viabilizando-se a edificação de um modelo delitual coerente em que os diversos pressupostos se articulem de modo harmónico (e, como recentemente se tem reconhecido, no quadro de um sistema móvel). Designadamente, com o requisito da ilicitude conseguimos encontrar um polo de ancoragem para a resolução de problemas tão complexos como o preenchimento da responsabilidade ou a sua fundamentação em termos de imputação. Pense-se, ainda, na questão — relacionada com as anteriores — de contenção da indemnização pela atribuição dela ao titular do bem lesado⁵². Em segundo lugar, evita-se que se estenda a responsabilidade civil de acordo com fórmulas que lhe são espúrias

⁵² Evitam-se, assim, os danos em cascata. Algumas das exceções com que somos confrontados podem ainda compreender-se à luz do preenchimento da responsabilidade. Pense-se no artigo 495.º cc.

2.4. *Consequências dogmáticas da exigência de ilicitude*

A presença obrigatória da ilicitude ao nível delitual e a modelação que ela conhece tem repercussões dogmáticas evidentes, algumas das quais foram já afloradas.

Assim, em regra, não são indemnizados os danos puramente patrimoniais (bem como de outros danos. Pense-se nas dificuldades de se indemnizar o dano da perda de chance ao nível da responsabilidade aquiliana; e na impossibilidade — não só axiológica, mas também dogmática — de se indemnizarem os danos no quadro das *wrongful life actions* ou mesmo das *wrongful birth actions*, a mostrar-nos, afinal, que a ilicitude não se compagina com um pensamento formal e eticamente neutro).

Por outro lado, é crescente a importância, num sistema assim estruturado, da distinção entre a causalidade fundamentadora e a causalidade preenchedora da responsabilidade⁵³, e, nesse quadro, quer da

⁵³ 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 nexó de causalidade cumpre uma função positiva de imputação e uma função negativa de delimitação dos danos); LARENZ, *Lehrbuch*, I, 432; ENNECCERUS / LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse*, 15 Aufl., Tübingen: Mohr, 1958, 60; Ulrich MAGNUS, “Causation in german tort law”, in J. SPIER, ed., *Unification of Tort Law: causation, Principles of European Tort Law*, vol. 4, London / Boston: European Centre of Tort and Insurance Law / Kluwer Law International, 2000, 63; Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*, 545 s.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9 Aufl., Berlin / New York: De Gruyter, 1997, 290-292 (Cf., também, FIKENTSCHER / HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10 Aufl., Berlin: De Gruyter, 2006, 299 s.); Erwin DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl., Berlin etc.: Carl Heymanns 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 protecção de interesses alheios); Hermann LANGE / Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts. Schadenersatz*, 3 Aufl., Tübingen: Mohr, 2003, 77 s.; Hennig LÖWE, *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht. Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroleine — Urteil des Bundesgerichtshofs und des Draehmpaehl — Urteil des Europäischen Gerichtshofs*, Frankfurt etc.: Peter Lang 1999/2000, (Europäische Hochschulschriften, Reihe II; Rechtsissenschaft) 106, 115 e 230 s.; Hans STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Heidelberg: C.F. Müller, 1993, 392 s.; Cees VAN DAM, *European Tort Law*, 270 s.; B. WINIGER et al., ed., *Digest of European Tort Law*, vol. 1, *Essential Cases on Natural Causation*, Wien / New York: Springer, 2007, 7 e 593 s.; KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität“, *Juristenzeitung* 31/ 11-12 (1976) 338 s., onde, estabelecendo-se a mesma distinção, o autor fala de *Folgeschäden* como sinó-

polarização da primeira na recondução da lesão do direito ou interesse ao comportamento do lesante (a significar que haverá tantas questões de fundamentação da responsabilidade quantos direitos violados), quer da necessidade de resolução do problema dos danos a indemnizar à luz da consideração do conteúdo do direito ou interesse lesado.

Por fim, a forma como se concebe o dano e algumas soluções específicas a propósito do dano ou de certos danos são ditadas pela presença imperiosa da ilicitude. E, antes disso, a própria cisão entre o que é o dano e o que é o ilícito (desvelado pelo resultado) pode tornar-se problemática e exigir respostas ponderadas por parte da doutrina⁵⁴.

3. Entre a ilicitude e o dano: a causalidade preenchedora da responsabilidade

Tradicionalmente, o nexos de causalidade era entendido de forma unívoca, estabelecendo a ligação entre a conduta ilícita e culposa e os danos sofridos pelo lesado. Fruto da boa influência sofrida de além-fronteiras, a doutrina portuguesa passou a distinguir, mais recentemente, dois nexos de causalidade. Melhor dizendo, o nexos de causalidade comunga, naquela que nos parece ser a melhor visão do problema, uma natureza binária. Lado a lado concorrem a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou inte-

nimo de *haftungsausfüllende Kausalität*; GOTZLER, *Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, München: Beck, 1977, 101 s.; Fritz LINDENMAIER, „Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeverversicherungsbedingungen“, *Festschrift für Wüstendörfer*, *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreizehnter Band (113), 1950, 207 s., em especial p. 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 bearb. Aufl., München: Franz Vahlen, 2010, 59; Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, München: Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, 2000, 25-26.

⁵⁴ Outra terá sido a opção do ordenamento jurídico italiano, no qual se junta o dano e o ilícito, ao exigir-se que o facto tenha causado a outrem um dano injusto. Cf., sobre o ponto, Sinde MONTEIRO, “Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, 455.

resse protegido⁵⁵; a segunda liga a lesão do direito ou interesse protegido aos danos consequenciais (segundo dano) verificado⁵⁶.

Resolvido que esteja, com apelo a um quadro axiológico que permite o recorte de esferas de risco, o problema da imputação da lesão do direito ou do interesse (protegido por um norma) ao comportamento do agente, a questão que resta é a de saber se um concreto dano pode ou não ser reconduzido àquela lesão. E, para tanto, haveremos de ter em consideração o direito violado ou o interesse preterido.

É inerente ao direito subjetivo absoluto um dado conteúdo patrimonial, que se traduz 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 dano⁵⁷, podemos encontrar aqui um critério de recondução dos danos subseqüentes — 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)⁵⁸.

A partir dele conseguimos, de facto, saber em que medida é que

⁵⁵ Problematizar-se-á, portanto, sempre que a nossa perspetiva se centre na lesão de um direito subjetivo absoluto, seja ela uma lesão primária ou subseqüente à prévia lesão de outro direito absoluto.

⁵⁶ Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*; IDEM, *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspetivas em matéria de nexo de causalidade*, Principia, 2014.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Assim se explica que o titular do direito à indemnização seja o titular do direito violado. Há, porém, exceções. Pense-se no artigo 495.º/3 CC. O dano indemnizável é aí correspondente ao montante da obrigação de alimentos que deixou de ser cumprida.

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 sujeito. 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 utilidade⁵⁹), como naquilo que deixou de ganhar, e incluir, ainda, o impacto não patrimonial que gerou⁶⁰. Convoca-se, portanto, a distinção entre os danos emergentes

⁵⁹ 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; Brandão PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Almedina, 1997, 688 s.; Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil*, 67. Veja-se, ainda, sobre o ponto a regulamentação da matéria nos *Principles of European Tort Law* e no *Draft Common Frame of Reference*.

⁶⁰ 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 pode incluir-se 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.

A questão do desaproveitamento de despesas levanta, contudo, maiores problemas, que têm sido evidenciados pela doutrina. Muitas são as dúvidas apontadas pelos autores a este propósito. Sobre o ponto, cf. LARENZ, “Zur Abgrenzung des Vermögensschadens vom ideellen Schaden”, *Versicherungsrecht*, 1963, 313; Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual*, 515; Hermann LANGE / Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 3. Aufl., Tübingen: Mohr, 2003, 255 s.; Júlio GOMES, “O dano da privação do uso”, *Revista de Direito e Economia* 12 (1986) 231 s.; Gomes da SILVA, *O dever de prestar*, 117 s.; KEUK, *Vermögensschaden und Interesse*, Röhrscheid, 1972, 241 s. Na verdade, levantam-se, desde logo, dúvidas no tocante à causalidade, já que a despesa se realiza antes do evento lesivo. A este ensejo, Paulo Mota Pinto evidencia que esta crítica pode ser contornada, com uma modificação de perspectiva — a causalidade estabelecer-se-ia com a perda do equivalente e consequente desaproveitamento de despesas, que são posteriores ao evento lesivo. Para o autor, aliás, não seria também decisiva a crítica que relembra que as despesas desaproveitadas teriam sido efetuadas voluntariamente, já que elas não haviam sido queridas enquanto frustradas ou desaproveitadas — cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual*, 521. O problema redonda em saber, portanto, se o ordenamento jurídico protege, em termos indemnizatórios, o interesse nos fins prosseguidos pelo lesado, que se veem frustrados, e que se mede pelo valor dos gastos que realizou para obter tal fim. Consoante nos diz Paulo Mota Pinto, “no domínio delitual, falta uma objetiva situação ou hipótese de confiança e o círculo das expectativas a proteger e, portanto, o dever de indemnizar não pode ser delimitado antecipadamente, variando de sujeito para sujeito” — cf. *ibid.*, 521. Outros autores mostraram-se muito receosos de uma subjetivação desmedida a este nível. Nesse sentido, cf. CANARIS,

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”⁶¹) e o dano patrimonial (“o reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado”⁶²)⁶³.

O último medir-se-ia, “em princípio, por uma diferença: a diferença entre a situação real atual do lesado e a situação hipotética em

“Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht des BGB”, *Festschrift für Herbert Wiedemann*, Munique: Beck, 2002, 28 s.; Hermann LANGE / Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 258; Erwin DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugest. und erw. Aufl., Köln etc.: Carl Heymanns 1996. Deutsch a este propósito considera que se corre o risco de indemnizar despesas arbitrárias, restringindo, portanto, o seu ressarcimento ao dano da privação do uso ou outro dano em coisas.

Pensamos que o problema do desaproveitamento das despesas deve encontrar resposta no quadro do preenchimento da responsabilidade. A despesa terá de dizer respeito à utilidade perdida (fim frustrado), que, por seu turno, se terá de reconduzir à utilidade geral potenciada pelo direito que foi violado. Assim, a destruição de um automóvel, que impede a pessoa de se deslocar a um concerto cujo bilhete já tinha adquirido, não deve permitir a indemnização da despesa em causa — o fim frustrado a que a utilidade diz respeito não é uma das utilidades viabilizadas pelo direito de propriedade sobre um automóvel. Já a lesão da integridade física do sujeito deve permitir o ressarcimento do desaproveitamento de tal despesa. É que o direito à integridade física integra em si a faculdade de a pessoa se deslocar e fruir de um espetáculo; já o direito de propriedade sobre um automóvel não integra, na sua utilidade, o potencial de fruição de um concerto. Mas já seria indemnizável a despesa que o sujeito que vê a sua casa destruída por um incêndio fez ao contratar, um mês antes, a pintura das paredes da sua sala, uma vez que a despesa efetuada se insere no quadro de utilidade potenciado pelo direito de propriedade sobre o imóvel. Em certa medida, rememorar-se-ia o critério restritivo avançado por Deutsch, embora com uma fundamentação diversa (e, portanto, com potencialidades diversas, designadamente ao nível da integridade física).

Numa outra perspetiva, poder-se-á pensar na eventualidade de se configurar o dano da frustração de despesas, não porque traduzido numa despesa em si mesma, mas quando configurável como a frustração de uma necessidade intelectual ou espiritual, como um dano não patrimonial.

⁶¹ Cf., por todos, Antunes VARELA, *Das obrigações*, 598.

⁶² Cf., uma vez mais, Antunes VARELA, *Das obrigações*, 598.

⁶³ 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.

que ele se encontraria, se não fosse o facto lesivo”⁶⁴. 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”⁶⁵. Foram sobretudo questões como a 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”⁶⁶) que justificaram o olhar crítico sobre a fórmula que, desde Mommsen, foi assumida genericamente para efeitos de determinação do dano⁶⁷.

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

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 810.

⁶⁶ Cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 803.

⁶⁷ 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, *Interesse contratual negativo*. Note-se que o civilista não sustenta a rejeição em bloco da doutrina mommseniana. Cf. p. 814/815.

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

Entre nós, ela é defendida por Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, 1998, 194 s.; IDEM, “O nexos de causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento IX, 1951, 161; Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexos causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça* 84 (1959) 13 s.; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 599 e 907; Rui de ALARCÃO, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1983, 273 s.; Almeida COSTA, “Reflexões sobre a obrigação de indemnização. Confrontos luso-brasileiros”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 3931-3932: 297 s.; Pinto MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 2003, 91 s.; IDEM, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra: Almedina, 1999, 29 e s.; Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 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*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, 7.

partir do momento em que a questão imputacional fica 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 indemnização⁶⁸. No fundo, aproximamo-nos em certa medida da lição de Wilburg que fala de dois círculos que se intersectam de modo a, nesse jogo, estabelecerem o ressarcimento⁶⁹.

⁶⁸ 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. Em última instância, poder-se-á configurar um caso em que existe lesão e não existe dano.

⁶⁹ Cf. Walter WILBURG, “Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung”, *Jehring's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 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 cinge um dano direito ou imediato, correspondente ao valor objetivo ou comum, que seria o dano mínimo — *Mindestschaden* — e o dano indireto ou mediató); Robert NEUNER, “Interesse”, 290 s. Neuner distingue o dano direito do dano

A é proprietário de um automóvel. Pode usá-lo, fruí-lo ou dispor dele livremente⁷⁰. B destrói-o. A ilicitude do seu comportamento é desvelada na violação do direito dotado de eficácia *erga omnes* e vem a significar, então, que B não conformou a sua conduta com o respeito devido à esfera de autonomia alheia, atuando antijuridicamente. Acresce que B atuou com culpa, tendo, inclusivamente, agido intencionalmente. A esta imputação subjetiva, fundada no carácter culposo do seu comportamento, alia-se uma imputação objetiva, afe-rida segundo o esquema por nós proposto⁷¹. Mas a imputação não é a imputação do comportamento ilícito a B, porque, bem vistas as coisas, a ilicitude é apenas a marca com que se chancela uma conduta. A imputação de que se cura liga o comportamento tido como ilícito a um resultado, em termos tais que se possa afirmar que este lhe pertence. O resultado é a destruição do automóvel que, em si mesmo, é um dano real, porque traduzido, afinal, na impossibilidade de retirar do bem a utilidade para que o mesmo foi concebido. Essa perda de utilidade refrate-se numa série de pequenas repercussões. Como estabelecer, então, a conexão? Segundo um critério funcional. O direito de propriedade desenha um círculo de interesses que com ele podem ser satisfeitos. Dentro desse círculo encontramos um mais pequeno, homocêntrico, identificando os interesses que, em concreto, aquele proprietário costuma ou quer satisfazer com o seu bem. Deixando de o fazer, sofre um prejuízo. Tendo de os satisfazer por outra via, sofre outro prejuízo. Acresce que o núcleo central agregador das nossas esferas é um ponto determinado, representado pelo objeto do direito que projeta aquelas zonas de utilidade, abstrata e concreta, ao qual é atribuído um determinado valor patrimonial.

Para estabelecer a subtração comparativa a que se alude, não temos de hipotizar uma qualquer situação, dependente do curso virtual dos acontecimentos, mas antes olhar para o que em concreto o direito potenciaría ao seu titular (fruto da recondução do seu interesse

indireto. O primeiro é avaliado objetivamente, tendo em conta o valor real do bem lesado, e constituiría o patamar mínimo da indemnização. O segundo correspondería 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. *ibid.*, 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.

⁷⁰ Cf. artigo 1305.º cc.

⁷¹ Cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*.

específico ao núcleo de faculdades que compõem o seu conteúdo) e o que ele potencia: a pessoa não consegue satisfazer a necessidade, a pessoa tem de lançar mão de outros mecanismos alternativos para o fazer, tendo com isso despesas, a pessoa tem de reparar o bem objeto do direito, a pessoa deixa de obter uma vantagem que era assegurada por aquele direito⁷². Esta é a situação patrimonial do lesado, que deve ser fixada no último momento processualmente possível. A situação que a vítima teria se nessa data não existissem danos seria a situação decorrente da plena realização do seu interesse, para o que se deverá atender às circunstâncias concretas detidas pelo titular do direito.

Quer isto dizer que se dispensa, assim, um novo olhar sobre a fórmula da diferença consagrada no artigo 566.º/2 CC, quando em causa esteja a lesão de um direito subjetivo absoluto⁷³.

⁷² Alguns autores preocupam-se em distinguir o lucro cessante das perdas de vantagens resultantes do uso da coisa — nesse sentido, cf. a chamada de atenção de Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual*, 1088, nota 3058. Veja-se, a este propósito, a posição de Gomes da SILVA, *O dever de prestar*, 74 s., que falava de danos emergentes, de gastos extraordinários, de desaproveitamento de despesas e de lucros cessantes.

O lucro cessante é caracterizado como “os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão”, nos termos do artigo 564.º CC, preceito que estabelece a indemnizabilidade de tais danos. Há, contudo, exceções (embora reveladas apenas no contexto contratual — cf. artigos 899.º, 900.º/2, 909.º, 910.º/2 CC) a esta regra, razão pela qual importa distinguir os danos emergentes dos lucros cessantes. Para uma consideração da importância prática da distinção, cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual*, n. 3061).

Para o acompanhamento da distinção operada pelos diversos autores, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 599 s. (considerando que o dano emergente compreende o prejuízo causado nos bens ou nos direitos já existentes na titularidade do lesado à data da lesão e que o lucro cessante abrange os benefícios que o lesado deixou de obter por causa do facto ilícito, e recusando que o lucro cessante pressuponha já a existência, no momento da lesão, de um direito ao ganho que se frustrou); Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, 91 s., n. 43 e 240, n. 19; Pessoa JORGE, *Ensaio, sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 1999, 378 s.; Rui de ALARCÃO, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1983, 229 s.; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, 546; Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual*, 1089 s., dando-se preferência a um critério jurídico em detrimento de um critério económico (que levaria “a um alargamento da noção de dano emergente de forma a incluir todas as utilidades futuras e simples expectativas de aquisição”); Menezes CORDEIRO, *Direito das obrigações*, II, 295 s.; Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, Coimbra: Almedina, 2009, 345 s.; Pedro Romano MARTINEZ, *Direito das obrigações, Apontamentos*, Lisboa, 2004, 102; Inocêncio Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 377; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, I, Coimbra: Almedina, 2003, 482 s.

⁷³ Cf., a este propósito, Menezes CORDEIRO, *Tratado*, II/III, 728, considerando que, independentemente da diferença que se entenda ver consagrada no artigo

A causalidade virtual deixa de ser questionada: é claro que há uma hipótese que tem de ser construída, mas essa é edificada tendo em conta o jogo de esferas de interesses de que falámos.

Assim, há que, em primeiro lugar, saber se os prejuízos experimentados — os danos consequenciais que se verificam — podem ou não ser reconduzidos à violação do direito subjetivo absoluto. Cremos que a compreensão deste sob a ótica do interesse/utilidade, ainda que em termos definitórios se não adira à conceção de Ihering, nos dota de um importante expediente categorial no sentido de cumprir o nosso desiderato. Há que ser, contudo, cautelosos. Na verdade, não podemos com isto correr o risco de funcionalização do direito, pelo que o juízo a encetar há-de basear-se em duas grandezas: por um lado, olhamos para as faculdades inerentes ao tipo subjetivo em causa; por outro lado, olhamos para o concreto interesse do lesado (a utilidade particular), para depois concluir se a utilidade perdida se integra ou não no círculo de utilidades potenciadas pelo direito⁷⁴. Neste jogo

566.º cc (diferença entre a situação hipotética atual, se não houvesse dano, e a situação atual com o dano), é necessário atender à concatenação entre a obrigação de indemnizar e as regras da imputação, sob pena de se chegar a resultados indefensáveis. É certo que nos afastamos do autor, na medida em que adere aqui explicitamente à causalidade adequada, mas não deixa de ser relevante a consideração da ligação entre o sentido da imputação de que se parte e o entendimento que devemos derramar sobre a teoria da diferença.

⁷⁴ Maiores dificuldades podem, ainda, ser experimentadas quando lidamos com a violação de direitos de personalidade ou, em geral, de direitos de natureza pessoal. Elas resultam dessa reconhecida natureza, de representarem tais direitos aquilo que Orlando de Carvalho considerou ser uma subjetivação do próprio poder de autodeterminação do ser humano ou, e mergulhando agora no patamar dialógico em que nos temos vindo a enredar, de não possuírem eles um conteúdo de destinação patrimonial perfeitamente desenhado, ainda que apresentem uma refração patrimonial. Mas, ao mesmo tempo que se salva o critério, não podemos deixar de ser induzidos a outro tipo de esclarecimentos. Que valem por referência a qualquer direito e que se galvanizam no cotejo com os direitos de personalidade. Na verdade, não se esgotam os direitos subjetivos — quer absolutos, quer relativos — nesta nota de utilidade. Há uma dimensão axiológica fundamentante que é inapagável. Inultrapassável no que tange aos direitos de natureza pessoal, não fosse o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico determinado pela dignidade do ser humano; inolvidável ainda no que concerne aos direitos matricialmente patrimoniais, fruto do alicerce que ostentam. Por isso, é natural que da sua lesão resultem consequências que não se esgotam na repercussão negativa da não satisfação do interesse que lhe subjaz. Ultrapassando-as em muito, há toda uma panóplia de danos que, não tendo tradução monetária, se produzem. Falamos dos danos não patrimoniais, aqueles que, não sendo suscetíveis, pela sua natureza, de reparação, podem ainda ser compensados. Não se aplicando a estes danos a chamada teoria da diferença, ou fórmula da diferença, não podemos deixar de perceber que a ligação entre a titularidade do direito

comparatístico, pode acontecer que haja, da parte do titular da posição jus-subjetiva vantajosa, um interesse específico que ultrapasse a comum utilização que se faz do bem. Desde que não extrapole as faculdades inerentes ao conteúdo do direito, a não realização do interesse não pode deixar de ser vista como um dano reconduzível ao evento lesivo. No fundo, o que se pretende dizer é que a ponderação probabilística típica do critério da adequação cede lugar a um juízo funcional de pertinência à esfera de influência do direito.

Pode, contudo, suceder que — de acordo com as idiossincrasias da situação *sub iudice* — a utilidade perdida, integrante das faculdades pertencentes ao conteúdo do direito absoluto, não possa ser fruída pelo seu titular, ou porque não tem interesse concreto nisso, ou porque outras circunstâncias exteriores àquele âmbito de domínio não o permitem. Neste caso, o decidente poderá chegar à conclusão acerca da inexistência do próprio dano. Lidando-se, aqui, com o problema da avaliação deste, diremos que a solução para ele passa por uma ideia de concretude⁷⁵.

e a dignidade da pessoa humana em nome da qual ela é reconhecida ou atribuída nos permite estabelecer, não por via da utilidade, mas por via da dimensão valorativa da componente jus-subjetiva, a ligação entre a violação do direito e o sofrimento, a angústia, o medo, as dores, o padecimento que a pessoa venha a sofrer. Repare-se que a compensação dos danos não patrimoniais é determinada segundo critérios de equidade e que o que aqui estamos a questionar é tão-só o modo de serem reconduzidos ao núcleo de influência do direito absoluto violado. Não pode essa recondução ser estabelecida de acordo com as utilidades do objeto do direito, pelo que haverá de considerar-se que qualquer direito, porque instrumento de realização da personalidade de cada um, quando violado, potencia o aparecimento de danos de tipo não patrimonial. Parte-se, pois, de uma noção de homem médio para perceber se o impacto que se invoca é ou não razoável atento aquele padrão ou se é o resultado de uma especial debilidade psicológica da vítima.

Sublinhe-se, ainda, que estes danos não patrimoniais resultam — ou podem resultar — quer da lesão de direitos de natureza pessoal, quer da lesão de direitos de natureza patrimonial [Sobre eles, numa perspetiva um pouco distante da ortodoxia continental, cf., sob o mote dos *hedonic losses* e da problemática dos *illusory losses*, a que somos conduzidos pela dificuldade de valoração dos danos não patrimoniais, Cass R. SUNSTEIN, “Illusory losses”, *John M. Olin Law & Economics Working Paper* n.º 340, Chicago, 2007, <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>]. Relativamente aos primeiros, mormente no que tange aos direitos de personalidade, emergem, como referido, problemas acrescidos, que passam inclusivamente pela própria problemática acerca da configuração daqueles direitos de personalidade.

Mais se refira que a referência à dimensão axiológica — e não meramente utilitarista — do direito subjetivo é incontornável.

⁷⁵ Haverá, nestas hipóteses, que ponderar a possível existência de um dano mínimo. Sobre o ponto, cf. o que ficou dito *supra*.

A própria determinação da existência do dano deve fazer apelo ao impacto que a preterição de uma utilidade tem na esfera do lesado. Ou seja, não basta saber se o dano se integra, ou não, na esfera de potencialidades abertas pela titularidade do direito, havendo de aferir qual a efetiva utilização que o lesado lhe tinha destinado. É esta intersecção de interesses — objetivamente considerado e subjetivamente titulado — que nos oferecerá os contornos do dano indenizável.

Estas considerações são importantes para conseguirmos lidar com algumas situações problemáticas.

4. Dano mínimo e dano da privação do uso

Questões como a do dano mínimo⁷⁶ são, de acordo com este entendimento, problemáticas. Intimamente ligada ao problema da avaliação do dano em abstrato ou em concreto, a noção vem determinar a imposição de uma obrigação ressarcitória a partir do momento em que se constate a lesão do direito ou do interesse, ainda que não se consiga apurar em concreto um dano. Ora, parece decorrer da necessária separação entre a ilicitude e o dano e da não verificação, em concreto, do preenchimento da responsabilidade a proscrição de tal ressarcimento.

Idêntica valoração deve ser feita a propósito do dano da privação do uso. A figura do dano da privação de uso foi pensada para dar resposta a situações em que a pessoa ficou privada da coisa, objeto da sua propriedade, e não a substituiu por outra, sofrendo os inconvenientes da impossibilidade de a usar. Repare-se que não estamos aqui a questionar o dano que se traduz nas despesas que o lesado tem de suportar para satisfazer as suas necessidades que outrora encontravam resposta na utilização da coisa. Em causa não estão, por exemplo e na sequência da danificação de um veículo automóvel, as despesas suportadas com o aluguer de outro automóvel ou com o pagamento de transportes públicos; está sim a pura impossibilidade de usar o bem, que faz com que o seu proprietário tenha de andar a pé durante alguns dias, ou, e dito de outro modo, nas hipóteses em que se verifica a violação do direito de propriedade (ou o incumprimento contratual) e nas quais o único dano que adveio ao lesado foi a impossibilidade temporária de utilizar a coisa, objeto da lesão, podemos considerar

⁷⁶ Cf. Walter WILBURG, “Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung”, *Jherings Jahrbücher*, 81, 1931, 132 s

ou não a privação do uso como um dano autónomo e patrimonial suscetível de indemnização⁷⁷?

Como se percebe, a partir deste enunciado simples, a admitir-se a indemnização do dano da perda de uso, fica ferida, enquanto critério definatório do dano, a teoria da diferença. O dado não nos deve, contudo, preocupar. Em primeiro lugar, a teoria da diferença tem sido recusada como expediente de definição do dano, embora os autores continuem a recorrer a ela para efeitos do cálculo da indemnização⁷⁸; em segundo lugar, o próprio modo como compreendemos a teoria da diferença mostrar-nos-á que nenhum obstáculo há a esse nível para a compensação do dano da privação de uso.

A dificuldade anunciada foi reconhecida pelos autores e tentou ser colmatada pela construção tripartida do dano: a par dos danos patrimoniais e dos danos não patrimoniais, autonomizar-se-ia um *tertium genus*, no qual se incluiria, exatamente, o dano da perda de uso⁷⁹. Repare-se, aliás, que o recurso a tal posição eclética se justificaria por uma outra ordem de razões. Na verdade, a perda de uso pode configurar um inconveniente suscetível de avaliação pecuniária ou pode, dependendo da ligação da coisa ao seu proprietário que dela ficou privado, configurar um dano não patrimonial⁸⁰.

⁷⁷ Acerca da nota de temporalidade que anda associada ao dano da privação do uso, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil — Temas especiais*, UCP, 2015, 65 s., dando conta de que, embora o dano da privação do uso seja pensado para situações temporárias, o STJ tem arbitrado indemnizações pela privação do uso no caso de perda total do veículo (v.g. Ac. STJ 9/3/2010) e explicando a razão de ser de tal solução. Na verdade, consoante esclarece, como o regime do seguro de responsabilidade civil automóvel determina o cálculo da indemnização não de acordo com o artigo 566.º CC, mas de acordo com o artigo 41.º/2 e 3 DL n.º 291/2007, pode não ser ressarcida a privação do uso.

⁷⁸ Para um elenco das críticas que têm sido apontadas à teoria da diferença, cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 522 s e 565 s.

Repare-se que ao nível do cálculo da indemnização a teoria da diferença também comporta dificuldades várias quando confrontados com a questão da privação de uso. Sobre o ponto, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil*, 57 s., considerando a hipótese em que é possível, com base na teoria da diferença, fixar a indemnização devida ao lesado pela perda de um veículo, mas em que aquele passa a gastar menos usando um meio de transporte mais económico. Nessas hipóteses, a autora aventa a possibilidade de haver quem defenda que não deve haver uma indemnização, em nome da compensação de vantagens. Assim, a autonomização do dano da privação do uso afigurar-se-ia como imprescindível.

⁷⁹ Cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 579 s.

Houve quem procurasse configurar o dano como um dano não patrimonial, escapando assim à aplicação da teoria da diferença.

⁸⁰ Pense-se que o dano da privação do uso implica a privação temporária

O dano da privação do uso tem sido aceite de forma mais ou menos generalizada pela doutrina e jurisprudência⁸¹. Isto não significa, porém, que haja unanimidade entre os autores no tocante aos contornos que o mesmo há-de apresentar. Assim, juristas como Menezes Leitão sustentam que o dano da privação do uso é sempre um dano indenizável, já que o mero uso constitui uma vantagem suscetível de avaliação pecuniária que, se for suprimida, tem um impacto negativo na esfera do titular do direito⁸². Ao invés, Paulo Mota Pinto aduz que “o dano só se concretiza ao nível das privações concretas das vantagens que a coisa proporciona e não antecipadamente ao nível da perturbação (ilícita) das possibilidades abstratas de uso que resultam para o proprietário derivadas do *ius utendi et fruendi* inerente ao direito de propriedade”. Assim, “o dano da privação do uso ressarcível é a concreta e real desvantagem resultante da privação do gozo, e não logo qualquer perda da possibilidade de utilização do bem, a qual pode não ser concretizável numa determinada situação”⁸³⁻⁸⁴.

Ora, porque o dano não se confunde com a ilicitude, e porque o preenchimento da responsabilidade nos insta a um confronto entre a esfera de utilidade geral do bem e a esfera de utilidade particular dele, a autonomização da figura do dano da privação do uso não pode senão passar pela adesão a esta última posição. Na verdade, não é a simples impossibilidade de usar que está em causa, mas a impossibilidade de se satisfazer por essa via uma necessidade concreta⁸⁵.

ria. Colocar-se-ia, portanto, um problema em sede de indemnização do dano, já que ele podia não assumir a gravidade que o artigo 496.º exige para determinar a compensação do mesmo.

⁸¹ Para um elenco de decisões que se mostram favoráveis à indemnização da privação de uso, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil*, 59 (Ac. STJ de 8/10/2009; 29/4/2010; 28/9/2011; 8/5/2013). Veja-se, ainda, pela pena da autora, a referência a decisões de sentido contrário (Ac. STJ 6/5/2008; 30/10/2008; 19/11/2009; 21/4/2010; 4/7/2013)

⁸² Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 301 e 348. Veja-se, ainda, Abrantes GERALDES, *Temas da Responsabilidade Civil*, I, *Indemnização do Dano da Privação do Uso*, Coimbra: Almedina, 2007.

⁸³ Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 594-596. Veja-se, ainda, pág. 590, onde o autor aproxima o dano da privação do uso de um lucro cessante.

⁸⁴ Há autores que sustentam que o dano da privação do uso só tem relevância quando ele se projete num determinado dano emergente ou num lucro cessante. Esta posição, contudo, acaba por negar a autonomização da figura.

⁸⁵ Cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil*, 61, dando conta da posição intermédia na matéria, que não admite a indemnização do dano em abstrato, impondo a prova da ocorrência de danos concretos, mas admite a sua prova por presunção. Por exemplo, no tocante a um veículo automóvel, exigir-se-ia a prova de que o lesado usava o automóvel diariamente. Em rigor, a dificuldade de prova dos

5. O dano da perda de valor

Igualmente interessante para ilustrar a separação que se estabelece entre a ilicitude e o dano e o jogo de intersecção de esferas de utilidade ao nível do preenchimento da responsabilidade é a consideração do dano da perda de valor. O problema pode, porém, colocar-se em duas perspetivas.

Em 17 de Agosto de 2006, o *Landgericht* de Berlin pronunciou-se sobre um caso com os seguintes contornos problemáticos⁸⁶: um determinado sujeito, pretendendo vender uma pintura cuja autoria pensava ser de um artista famoso, tem a expectativa de cobrar por ela 25 mil euros. Contudo, quando um outro sujeito a analisa, como perito, considerou que não se tratava de um original, mas de uma cópia. O estabelecimento onde o referido quadro ia ser vendido recusou-se a recebê-lo, apesar de o proprietário continuar a reivindicar a genuinidade da obra. O grande problema, como sublinham Martens e Zimmermann, é o de saber até que ponto é que o direito de propriedade pode ser afetado por falsas informações, como no caso⁸⁷. As hipóteses controversas não se limitam, contudo, aos casos de falsas ou incorretas informações. Na Bélgica, o *Burgerlijke Rechtbank Kortrijk*, na decisão de 7 de Junho de 2002, lidou com uma situação com uma intencionalidade problemática diversa: em causa estava a construção de um bloco de apartamentos nas proximidades de duas casas, cujo valor decresceu consideravelmente. Acresce que, *in concreto*, os proprietários perderam a possibilidade de usar a coisa objeto do seu direito. O Tribunal veio, então, aceitar a possibilidade de se indemnizarem autonomamente os danos resultantes da depreciação dos imóveis, que já incluíam a perda de uso daqueles, admitindo-se, desta feita, um dano na propriedade que não envolva alterações materiais da coisa⁸⁸. Na Dinamarca, o *Højesteret*, numa decisão de 13 de Agosto de 1998, lidou com uma situação análoga. Depois de A ter adquirido a propriedade de um imóvel, o município instalou uma linha de alta

danos concretamente experimentados esteve também na génese da problematização do dano da privação do uso.

⁸⁶ In Benedict WINIGER/ Helmut KOZIOL/ Bernhard A. KOCH/ Reinhard ZIMMERMANN, *Digest of European Tort Law*, II, *Essential Cases on Damages*, De Gruyter, 2012, 388 s., com comentário de S. Martens e R. Zimmermann.

⁸⁷ S. MARTENS / R. ZIMMERMANN, *Digest of European Tort Law*, II, 388.

⁸⁸ *Digest of European Tort Law*, II, 396

tensão junto da casa. Em virtude da suspeita de ligação causal entre a presença das referidas linhas e o desenvolvimento de doenças do foro oncológico, o valor da casa comprada diminuiu drasticamente. O tribunal condenou o município ao pagamento de uma indemnização⁸⁹.

Percebe-se, por isso, que, a este nível, se torne fundamental discernir quando é que há violação do direito de propriedade. Devemos ficar presos à lesão material da coisa? Como refere Sinde Monteiro⁹⁰, “não deixa de ser isento de dificuldades o traçar de uma fronteira com a violação do direito de propriedade, sobretudo nestes casos em que a perturbação não se traduz numa agressão à substância da coisa, nem ao proprietário é retirada a respetiva posse ou ela é usada por um terceiro, mas em que através do comportamento deste apenas são tocados os pressupostos externos sem os quais a coisa não pode ser utilizada de acordo com o fim a que se destina, portanto principalmente nas hipóteses em que se verifica um impedimento temporário do uso da coisa”⁹¹. Considerando que o direito de propriedade inclui entre as faculdades que o caracterizam o poder de usar a coisa, não poderemos deixar de entender que a atuação sobre os pressupostos externos do direito que impeçam a sua utilização constitui uma violação do mesmo. Do mesmo modo, haveremos de considerar que um comportamento que impeça ou dificulte, por algum modo, a transmissão da propriedade, pondo em causa a faculdade de dispor da coisa, é ilícito. Mas para tanto exige-se um mínimo de incidência sobre aquela, ainda que não configurada como lesão material da mesma⁹². Ora, é essa incidência que parece estar ausente em muitas das situações proble-

⁸⁹ *Digest of European Tort Law*, II, 403.

⁹⁰ Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989, 200

⁹¹ No sentido de afirmar a dificuldade de distinção entre o que configura ou não uma lesão do direito de propriedade, cf. David HOWARTH, “Economic loss in England: the search for coherence”, in BANAKAS, *Civil liability for pure economic loss*, Kluwer, 1996, 27 a 53. Exemplo disso é o caso de fronteira apresentado pelos autores — o *trust*.

Cf., igualmente, Christian WITTING, “Compensation for pure economic loss from a continental lawyer’s perspective”, in Willem van BOOM / Helmut KOZIOL / Christian WITTING, ed., *Pure economic loss, Tort and Insurance Law*, vol. 9: *European Centre of Tort and Insurance Law*, Wien / New York: Springer, 2003, 104 s., assertivamente considerando o exemplo da perda de informação contida num disco duro de um computador e questionando se tal caso pode ser equiparado à perda de funcionalidade do próprio disco.

⁹² Poder-se-ia denotar aqui uma clivagem entre o direito continental, ainda que assente na bipartição iheringiana a que aludimos, e o direito da *common law*. É que aí o dano puramente económico vem definido como aquele que ocorre sem que haja lesão material da pessoa ou da propriedade.

máticas consideradas⁹³. Mas em todas estas hipóteses, o problema não é o dano, mas a ilicitude.

O problema da desvalorização da coisa/bem coloca-se, contudo, quanto a outras constelações problemáticas. Com a decisão do *Bundesgerichtshof* de 3 de Outubro de 1961, percebe-se isso mesmo⁹⁴. O caso conta-se em poucas palavras: A é responsável por um acidente que vitimou o automóvel de B. Não sendo controverso o dever de reparar o veículo, colocou-se, no entanto, o problema de saber se B teria ou não direito a uma indemnização pela perda de valor do bem, já que no mercado o preço de um automóvel danificado é menor do que o preço de um carro que não tenha sofrido qualquer acidente. Revendo a posição anterior, que apenas admitia o ressarcimento pela desvalorização da coisa nas hipóteses em que a pessoa não continua a usar a coisa, o Tribunal vem considerar que a indemnização, no caso, não pode ficar dependente do facto de a pessoa continuar a usar o automóvel ou pretender aliená-lo⁹⁵. Em sentido análogo pronunciou-se o *Oberster Gerichtshof* austríaco em 19 de Setembro de 1957⁹⁶. Entendeu-se, aí, que um veículo reparado vale sempre menos, em virtude dos defeitos escondidos que o podem afetar. Consoante explica Kraner⁹⁷, a compensação deve ser calculada, neste caso, de acordo com o valor de mercado da coisa danificada no momento da lesão, aplicando-se este critério, igualmente, aos casos de redução do valor mercantil dela. Assim, a avaliação subjetiva é exclusiva para os casos de lesão gravemente culposa. Só nessas hipóteses se devem ter em conta os efeitos que o evento danoso teve nos específicos assuntos da vítima, problematizando-se a redução do valor apenas quando a vítima teria vendido o automóvel. Note-se, porém, que neste caso a vítima poderia optar, também, pelo valor objetivo, que funcionaria assim como um mínimo de ressarcimento, cumprindo uma finalidade preventiva⁹⁸. Também a *Cour de Cassation*, numa sentença de 6 de

⁹³ Repare-se, porém, que no tocante à colocação de postes de alta tensão junto das habitações podemos indagar até que ponto poderá ou não levantar-se um problema atinente à violação do direito à integridade física. Nesse caso, como se compreenderá pela exposição subsequente, não seria possível indemnizar a desvalorização da coisa em si mesma.

⁹⁴ *Digest of European Tort Law*, II, 72

⁹⁵ Cf. o comentário de S. Martens e R. Zimmermann, *Digest of European Tort Law*, II, 72 s.

⁹⁶ *Digest of European Tort Law*, II, 73

⁹⁷ E. KRANER, comentário a *Oberster Gerichtshof*, de 19 de Setembro de 1957, 2 Ob 378/57, *Digest of European Tort Law*, II, 73

⁹⁸ E. KRANER, comentário a *Oberster Gerichtshof*, de 19 de Setembro de 1957, 2 Ob 378/57, *Digest of European Tort Law*, II, 73

Outubro de 1966, proferida pela *chambre civile*, subscreveu o entendimento. A desvalorização da coisa é considerada um dano pelo qual se pode obter uma compensação, não sendo relevante o destino que o proprietário vai dar à coisa⁹⁹. E a *Corte di Cassazione*, a 23 de Junho de 1972, sufragou a mesma posição, considerando, ainda, que a diminuição do valor deve ser compensada com base no valor da venda dos automóveis antes do acidente, embora o critério possa ser temperado pela ponderação subjetiva do interesse do sujeito¹⁰⁰.

São, portanto, duas as questões basilares que se colocam: em primeiro lugar, haverá que determinar se a perda de valor de uma coisa pode ser vista como um dano indemnizável; em segundo lugar, haverá que procurar saber qual o critério de mensuração desse mesmo dano. Embora não se confundam, elas mantêm entre si uma relação necessária. Os problemas distinguem-se, portanto, daqueles outros analisados anteriormente: agora, é clara a violação do direito de propriedade. O que se problematiza é se a desvalorização da coisa pode ser tida como um dano que se reconduz ao comportamento ilícito e, em caso afirmativo, qual o critério para apurar o montante ressarcitório. Para que ela possa ter lugar, importa que o prejuízo em causa possa ser reconduzido ao núcleo de utilidade do direito de propriedade que foi violado. Como referido, há que saber se a utilidade que o lesado invoca se integra ou não dentro das potencialidades inerentes ao conteúdo do direito preterido; em segundo lugar, há que estabelecer uma subtração entre o que o lesado teria, dispondo de tal utilidade, e o que tem agora.

No juízo de pertinência funcional, baseado numa lógica comparativa polarizada no direito subjetivo e nas esferas de utilidade (abstrata e concreta) que ele nos permite desenhar, há, como referido, um núcleo central representado pelo objeto ao qual é atribuído um determinado valor patrimonial. Nessa medida, se A danifica o relógio de B, ficando assim obrigado a repará-lo, mas tal reparação não é suficiente para repor o valor patrimonial do bem, que passa a sofrer um defeito (apesar de cumprir a sua finalidade e de esteticamente não ser perceptível a falha), não se duvida que deve ser ressarcido o dano da desvalorização a que se alude. Não está, porém, em causa uma lógica contabilística de mensuração de patrimónios. É que, sendo danificada uma coisa, objeto de um direito de propriedade, pode ser posto em causa o poder de dispor dela. A perda de valor de mercado do

⁹⁹ *Digest of European Tort Law*, II, 76, com comentário de J.S. Borghetti

¹⁰⁰ *Digest of European Tort Law*, II, 80 s., com comentário de N. Coggiola, Gardella Tedeschi e M. Gaziadei.

referido bem não se traduz na impossibilidade de transmissão futura da propriedade, mas numa repercussão negativa em termos de valor patrimonial de tal transmissão. A utilidade concreta associada à utilidade abstrata que se inclui entre as faculdades jurídicas secundárias que integram o conteúdo do direito subjetivo é afetada. O dano pode ser funcionalmente reconduzido à violação do direito de propriedade.

Mas há que ser cautelosos. O que se enuncia — que pode confluir, na esteira do proposto por muitos autores, na ideia de um dano mínimo (objetivo) — tem de ser compatibilizado com a necessidade de avaliação do dano em concreto. Na verdade, do que se trata não é de determinar se foi ou não afetada uma das faculdades jurídicas secundárias do direito, mas de saber se a utilidade particular que o sujeito dela retirava (ou poderia retirar) é posta em causa. Esta é, na verdade, uma consequência da consideração do dano em concreto e não em abstrato¹⁰¹. Assim, nesta perspetiva, a perda de valor de mercado do bem só deve ser atendida se a vítima pretender dispor da coisa. O mesmo se pode dizer, *mutatis mutandis*, da possibilidade de onerar a coisa.

Pode, no entanto, não haver uma decisão de alienação no momento da determinação da indemnização e, não obstante, ser previsível que, no futuro, ela venha a existir. Porque o artigo 564.º CC dispõe que, “na fixação da indemnização, o tribunal deve atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis”, poder-se-á considerar a possibilidade de ressarcir o prejuízo que se vislumbra no horizonte. Repare-se que, com isto, não retrocedemos a uma apreciação do dano em abstrato — é que na ponderação desta previsibilidade haveremos de ter em conta não só o tipo e destino comum do bem, como as circunstâncias concretas do caso. Daí que a danificação seguida de uma reparação que não apaga todos os defeitos de um relógio possa envolver a indemnização da parcela

¹⁰¹ Sobre o ponto, cf. Hans Albert FSICHER, *A reparação dos danos no direito civil*, Coimbra, 1983, 139 s.

Veja-se, ainda, Gomes da SILVA, *O dever de prestar*, 119 s., sustentando, embora ainda por referência a uma comparação global de patrimónios, que o dano não deve ser considerado em abstrato, uma vez que de outro modo não se compreenderiam soluções como a primazia da reparação natural, a questão do desaproveitamento de despesas, as soluções em matéria de lucros cessantes. Verdadeiramente, o autor advoga que também uma conceção concreta de dano não seria apta a explicar a limitação da indemnização de modo a não ocorrer o enriquecimento do lesado, a *compensatio lucri cum damnum*, ou a irrelevância de qualquer alteração de bens que não originem perdas de oportunidade. Nessa medida, o cerne da questão passa por saber se a lesão diminuiu sensivelmente a utilidade do bem ou colocou a pessoa numa pior posição — Gomes da SILVA, *O dever de prestar*, 125. Apreciando o pensamento do autor, cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual*, 473 s.

de dano que não foi reparada. E que a danificação de um automóvel pode justificar a reparação da perda de valor da coisa, porque previsivelmente o sujeito o alienará no futuro. Contudo, não deverá ser assim se se tratar de um automóvel muito antigo, cujo valor de mercado seja praticamente nulo e cujo destino previsível seja o abate.

A referência à desvalorização da coisa não acompanhada de qualquer defeito, que foi entretanto integralmente reparado, torna-se relevante neste quadro para efeitos de argumentação. Como referido anteriormente, um segmento da jurisprudência europeia olha para estas constelações problemáticas e admite a compensação do dano fazendo apelo a uma ideia de defeitos escondidos que ainda não se manifestaram. Seriam eles, aliás, que no mercado justificariam a diminuição do valor da coisa. No fundo, recairia sobre o bem lesado uma suspeição que impediria que ele fosse tratado, em termos de troca ou oneração, como um bem incólume. Não cremos, porém, que esta perspetiva se possa aceitar — é que a consideração do dano emergente remeter-nos-ia necessariamente para uma dimensão de futuro. Ora, para que ela possa ser contemplada ao nível delitual seria imprescindível que o critério da previsibilidade plasmado no artigo 564.º CC estivesse cumprido. E, por referência a estas constelações, ele se só se cumpre se atendermos à alienação futura da coisa. Já não seria assim no tocante às hipóteses em que o defeito na coisa permanece, embora não afete a utilização que dela é feita. É que, aí, ao contrário das situações-tipo, poderia estar em causa, eventualmente, o próprio gozo da coisa, que, ainda que não afetada na sua funcionalidade, ficaria necessariamente mais permeável a destruições futuras — o núcleo central representado pelo objeto ao qual é atribuído um valor patrimonial estaria ferido.

6. Danos não patrimoniais e danos acionáveis por si

Da mesma forma que, ao nível patrimonial, a ilicitude não é bastante, exigindo-se uma avaliação — e uma avaliação concreta — do dano, ao nível não patrimonial, a conclusão será a mesma. Ao lesado não basta provar a violação do direito, exigindo-se a comprovação dos danos não patrimoniais atuais, concretamente experimentados. Parece, portanto, recusar-se entre nós a figura do dano *in res ipsa* ou, para lançar mão da terminologia anglo-saxónica, dos *torts actionable per se*¹⁰². Em todas as situações em que aquele for acolhido, a indem-

¹⁰² Sobre o ponto, cf. C. von BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. 2, Oxford: Clarendon Press, 2000, 6 s.

nização é atribuída sem a prova do *actual damage*. Em rigor, e como explicita Von Bar, não estaremos na presença de uma responsabilidade sem dano. O dano existe; simplesmente, é presumido. Nesse caso, a pessoa é indemnizada pelo chamado *nominal damage*, o que poderá vir a ocorrer sempre que se esteja na presença de um *tort of trespass to person* ou na presença de um *tort of trespass to land*¹⁰³.

Se várias são as razões apontadas pelos autores para a condenação de um agente ao pagamento de *nominal damages* — tornar público que, ao agir como agiu, o lesante cometeu um ilícito; evitar que o lesante se sinta legitimado a agir da mesma forma no futuro; punir o agente pelo ato ilícito¹⁰⁴ —, todas elas a reconduzirem-se a uma ideia de prevenção, punição, reafirmação da validade do bem-jurídico preterido, não cremos que sejam suficientes para justificar o desvio à regra em matéria probatória. Na verdade, estas mesmas finalidades parecem estar presentes em todas as hipóteses de compensação de danos não patrimoniais¹⁰⁵.

Veja-se, igualmente, Peter G. HEFFEY, “Negligent infliction of imprisonment: actionable per se or cum damno?”, *Melbourne University Law Review* 14 (1983) 53 s.; Nicholas J. McBRIDE / Roderick BAGSHAW, *Tort Law*, Pearson Longman, 2008; Albert H. PUTNEY / Scott C. RUNNELS, *Torts. Damages. Domestic relations*, Cree Publishing Company, 1910, 157 s.

¹⁰³ Dúvidas há no tocante ao *tort of trespass to goods*. Certo é a exclusão desta possibilidade nos casos de *tort of negligence*. Cf. Nicholas J. McBRIDE / Roderick BAGSHAW, *Tort Law*, 680 s.

No caso de difamação, entende-se que, para ser *actionable per se*, ela tem de atingir o lesado na sua profissão ou capacidade profissional, por exemplo, nos casos em que a insolvência é imputada a um comerciante ou uma situação de imoralidade a um clérigo. Fora destas situações, não se deve prescindir da prova dos danos. Assim, no precedente inglês *Jones v. Jones*, não houve procedência da ação por o adultério que foi imputado ao *schoolmaster* não ter afetado a sua capacidade para ensinar — cf. Peter G. HEFFEY, “Negligent infliction of imprisonment: actionable per se or cum damno?”, 53 s.

No ordenamento jurídico brasileiro, é comum o recurso à figura dos danos *in res ipsa*. São variadas e de variada índole as hipóteses de ressarcimento sem a prova do dano concretamente sofrido: inserção do nome no cadastro de inadimplentes, situações de *overbooking*, impossibilidade de exercício da profissão por jovens que viram o ser diploma de licenciatura não ser reconhecido pelas autoridades com competência para o efeito, entre outras.

¹⁰⁴ Cf. Nicholas J. McBRIDE / Roderick BAGSHAW, *Tort Law*, 680 s.

¹⁰⁵ Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate”, *Boletim da Faculdade de Direito* 81 (2005) 511-600; IDEM, *Lições de responsabilidade civil*, Princípia, 2017. Embora se considere que a função reparadora continua a ser primordial ao nível da responsabilidade, considera-se que a esta se associam outras: função sancionatória em sentido estrito, associada à reafirmação da pessoalidade do lesante, função pre-

ventiva e função reipersecutória, associada a uma ideia de reafirmação do valor dos bens jurídicos lesados. Exclui-se, como regra, uma finalidade punitiva estrita que nos possa encaminhar para a admissibilidade da condenação do agente em danos punitivos e nega-se a possibilidade de se sustentar uma posição diversa desta que aqui inscrevemos no artigo 494.º cc. Na verdade, o preceito estabelece uma limitação à indemnização, ainda que para isso atenda ao grau de culpa, na nos autorizando a inverter os termos da equação (isto é, a condenar o agente num montante indemnizatório superior ao dano). Mas admite-se que na ligação entre os artigos 496.º e 494.º cc, a propósito dos danos não patrimoniais, se possa encontrar uma intencionalidade sancionatória. De facto, porque o dano não patrimonial não é mensurável, não dispomos em relação a ele de um *quantum* a partir do qual a culpa pode intervir como critério de limitação da indemnização. Na sua ligação ao artigo 496.º, o artigo 494.º cc erige a culpa como critério de determinação da própria compensação. Percebe-se, aliás, que assim seja. Desde logo, parece não estar aqui em causa um puro ideal reparador. Se o dano verdadeiramente não deixa de existir, a compensação funcionará antes de mais, no cumprimento daquele ideal de justiça, como uma forma de chamar à responsabilidade o lesante, impedindo que ele fique impune. É ainda e sempre a afirmação do sentido ético da responsabilidade civil — e nos termos por nós explicitados do carácter sancionatório do instituo — que é chamada a operar. Depois, falam os autores de uma ideia de satisfação do lesado. Júlio GOMES, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e reparatória para a responsabilidade penal”, *Revista de Direito e Economia* 15 (1989) 119). Enquanto para alguns a satisfação se une à compensação pela nota da sinonímia (ou quase sinonímia — cf. IDEM, “Sobre a reparação dos danos morais”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal* 1/1 [1992] 20), para outros ela indicaria uma ideia de punição evidente (Hans STOLL, “Consequences of liability: remedies”, remedies”, *International Encyclopedia of Comparative Law* 11: Chapter 8, p. 92 e 135). No fundo, o lesado sentir-se-ia apaziguado, pacificado, reafirmando-se, concomitantemente, a pretensão de validade da ordem jurídica (cf. Júlio GOMES, “Uma função punitiva”, 120, bem como as importantes indicações bibliográficas que aí podem ser recolhidas). Como refere Stoll (*apud* Júlio GOMES, “Uma função punitiva”, 120), a punição deve aqui ser vista como um meio para a obtenção da pacificação do lesado. E, como salienta, DEUTSCH (“Schmerzensgeld und Genugtuung”, *Juristische Schulung* [1969] 202), “o apelo à ideia de satisfação do lesado acaba por significar uma inversão na hierarquia” que coloca a função sancionatória numa posição subordinada em relação à função ressarcitória. Esta, porém, não desaparece totalmente. O artigo 494.º, para o qual somos remetidos pelo artigo 496.º, manda, igualmente, em conta a situação económica do próprio lesado. Avulta, assim, claro e novamente, uma tendência para o ideal reparador a que a responsabilidade civil sempre esteve unida — cf. DEUTSCH, „Schmerzensgeld und Genugtuung“, 202. Mas, neste ponto a reparação deixa de ser o polo central da imputação delitual para só se poder cumprir pela via punitiva. Sobre o ponto, *v.*, também, M. BULLINGER, “Verfassungsrechtliche Aspekte der Haftung”, in *Festschrift für von Caemmerer*, Tübingen: Mohr, 1978, 297; e Hein KÖTZ / Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearb. Aufl., München: Franz Vahlen, 2010, 274 s., com uma posição crítica, sobretudo tendo em conta a reforma do BGB.

Sobre o ponto, cf., ainda, Maria Manuel VELOSO, “Danos não patrimoniais”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, III:

Ora, se assim é, então terá de haver uma justificação mais funda para a possibilidade de se obter o ressarcimento sem prova dos danos atuais. Num ordenamento jurídico como o nosso, em que a ilicitude surge como um requisito autónomo da imputação delitual (não se confundindo com o dano) e em que o artigo 496.º/1 CC determina como requisitos da compensação dos danos não patrimoniais a gravidade destes e o merecimento da tutela do direito¹⁰⁶, não só parece não haver um ponto de apoio normativo para abrir mão da regra, como não se vislumbra uma razão justificativa para se abdicar do controlo instituído pelo legislador. Na verdade, não só a simples ilicitude não nos pode oferecer o dano (pelo menos em regra), como o modelo de limitação do ressarcimento (ou compensação) dos danos não patrimoniais impõe que se passe pelo duplo crivo estabelecido normativamente.

O que aqui fica dito requer, no entanto, alguns esclarecimentos adicionais.

Traduzindo-se os danos não patrimoniais em danos que não são suscetíveis de avaliação pecuniária, eles podem resultar quer da preterição de direitos de natureza pessoal, quer da lesão de direitos de natureza patrimonial¹⁰⁷. A sua emergência explica-se como resultado

Direito das obrigações, Coimbra: Almedina, 2007, 556 s., com importantes referências bibliográficas e de investigação e falando de uma finalidade de afirmação de direitos que seria sobretudo relevante no caos dos lesados sem consciência. Sobre o ponto, pela importância que tem para a nossa reflexão, teceremos ulteriormente outras considerações.

¹⁰⁶ Sobre o ponto, cf. Maria Manuel VELOSO, “Danos não patrimoniais”, 501, considerando que existe apenas um requisito, qual seja a gravidade do dano. Para outros desenvolvimentos acerca da posição tradicional (assente na afirmação da dualidade de requisitos — gravidade do dano e merecimento da tutela do direito), cf. Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 602 s. Para outras considerações acerca do ponto, v., igualmente, Filipe Albuquerque MATOS, “A compensação dos danos não patrimoniais no Código Civil de 1966”, *Responsabilidade civil: 50 anos em Portugal, 15 anos no Brasil*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, 31 s.

¹⁰⁷ Não existe, portanto, uma perfeita continuidade entre a natureza do direito violado e a natureza dos danos que emergem. O carácter patrimonial ou não patrimonial se afere em relação ao dano propriamente dito e não em relação à natureza do direito ou interesse lesado. Quer isto dizer que o direito lesado pode ser de natureza patrimonial e o dano que resulta ser não patrimonial; sendo o inverso igualmente verdadeiro. A lesão da integridade física pode gerar um dano de tipo patrimonial, a par de danos não patrimoniais; a lesão do direito de propriedade pode dar ocasião a um dano não patrimonial (em virtude da ligação afetiva que o proprietário tinha com a coisa, por exemplo). O dado pode explicar-se por o direito ou interesse legalmente protegido integrem no seu âmbito interesses/situações vantajosas de tipo patrimonial, moral e espiritual. Sobre o ponto, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado II/III*, 513; Antunes VARELA, *Das obrigações*, 603; IDEM, “Sobre a reparação dos danos morais”, 17 s.; Menezes LEITÃO, “A reparação de danos emer-

da dimensão axiológica do direito subjetivo que, para lá do seu conteúdo concreto, apresenta uma ligação estreita à pessoa, à qual vai buscar o seu sentido e fundamentos últimos¹⁰⁸. Mas pode explicar-se, igualmente, noutras situações, pela preterição de uma ou mais faculdades inerentes ao conteúdo do direito subjetivo violado. Se no primeiro caso somos confrontados com os danos morais (propriamente ditos), a traduzir-se em

gentes de acidentes de trabalho”, *Temas Laborais, Estudos e pareceres*, Coimbra: Almedina, 2006, 32.

A este propósito convém, no entanto, tecer alguns esclarecimentos adicionais.

Em primeiro lugar, a posição que apresentamos em texto parece não ser unânime. Ainda que os autores aceitem que a partir da lesão de direitos de natureza pessoal podem surgir danos patrimoniais, parecem ligar insofismavelmente a existência de danos não patrimoniais à preterição de posições subjetivas de natureza pessoal. Sobre o ponto, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 601 s.; Maria Manuel VELOSO, “Danos não patrimoniais”, 499; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 602 s. Por outro lado, partindo da diferenciação entre os danos não patrimoniais e os danos morais, patenteiam-se dúvidas na doutrina acerca da possibilidade de se indemnizarem os segundos por referência às lesões de direitos patrimoniais. Em causa estaria o chamado dano de afeição, levantando-se em relação a ele objeções não só do ponto de vista conceptual e de princípio, como também em face dos requisitos impostos pelo artigo 496.º cc. Muitos autores duvidam, na verdade, da viabilidade de o chamado dano de afeição poder ser qualificado como grave e merecer a tutela do direito. Se é certo que a regra poderá ser o não cumprimento dos pressupostos de compensação dos danos morais, nada impede que, caso o dano seja em concreto grave e mereça a tutela do direito, possa haver direito a uma indemnização. Pense-se, por exemplo, no caso da destruição de um computador através do qual os pais conversam com o filho que vive num país distante, ou no caso de destruição de uma joia de família que tinha sido oferecida pelo pai falecido. Em face do novo artigo 493.º-A cc, sem embargo das múltiplas críticas que se podem tecer em termos sistemáticos e dogmáticos ao preceito, parece que o nosso ordenamento jurídico acolhe expressamente a possibilidade de se indemnizar o dano de afeição. Para outras considerações acerca da responsabilidade civil por lesão de um animal, cf. Filipe Albuquerque MATOS / Mafalda Miranda BARBOSA, *O novo estatuto jurídico dos animais*, Gestlegal, 2018, 119 s. (de notar que, na obra em questão, se sublinham as divergências dos autores no que respeita ao dano de afeição). Sobre o dano de afeição no direito português mais antigo, cf., numa perspectiva crítica da categoria (admitida ao nível das ordenações filipinas), CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, XIII, Coimbra: Coimbra Editora, 1939, 530 s.

In fine, sublinhe-se que a possibilidade de o dano não patrimonial resultar da lesão de um direito avaliável em dinheiro resulta do facto de este poder integrar no seu conteúdo interesses de natureza pessoal e a possibilidade de o dano patrimonial resultar da lesão de um direito de natureza pessoal resulta do facto de este poder ter um conteúdo de destinação suscetível de aproveitamento económico.

¹⁰⁸ Sobre o ponto, cf. Sandra PASSINHAS, *Propriedade e personalidade no direito civil português*, Coimbra, 2016.

dores, angústia, ansiedade, sofrimento; no segundo caso, lidamos com danos extrapatrimoniais (de que aqueles são apenas uma categoria)¹⁰⁹.

Não se duvida, na verdade, que, numa situação em que A sai de casa quando B, seu filho, é menor, não voltando a dar qualquer notícia, ao violar-se o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do filho, se verifica um dano — o dano da ausência de relação parental — para lá dos danos morais (sofrimento, saudade, angústia) e dos eventuais danos que se possam verificar no futuro (transtornos de personalidade, traumas, problemas relacionais, entre outros). O filho que se vê privado da companhia do pai, ao ver ser violado o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sofre em si mesmo um dano extrapatrimonial (a privação daquela companhia), a ser compensado à luz do artigo 496.º CC, ou será necessário provar os diversos danos subsequentes originados naquela ausência (os quais, em muitas situações, apenas se verificarão no futuro, colocando problemas atinentes à imputação objetiva)?

A regra de que partimos é que os danos não patrimoniais, sejam eles danos morais ou não, não podem ser indemnizados sem alegação e prova da sua existência. Mas, podemos ser confrontados com hipóteses nas quais, de forma automática, se não pode duvidar da existência de um dano. Pense-se na situação em que A, menor, vê ser violado o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pela morte do pai, ficando privado da sua companhia. O dano da privação da figura paterna, essencial ao seu crescimento, igualmente constatável em todas as situações de alienação parental, resulta inegável, porquanto a relação de filiação seja irrenunciável¹¹⁰.

O mesmo se pode dizer do dano da morte, indemnizável independentemente do facto de o sujeito querer morrer ou não. É que o direito à vida, pela intencionalidade axiológica que o predica, é irrenunciável, donde a lesão do direito, a traduzir-se na sua morte, será sempre indemnizável. Ou daqueloutra hipótese em que a vítima vê

¹⁰⁹ Cf. Pinto MONTEIRO, “Sobre a reparação dos danos morais”, 17 s.; Maria Manuel VELOSO, “Danos não patrimoniais”, 498; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 601, n.1

¹¹⁰ Este dano não se confunde com o dano moral subsequente à morte do sujeito, que resulta da violação do direito geral de personalidade do sobrevivente. Este, previsto no artigo 496.º CC, fica dependente da relação que o último tem com a primeira vítima, autorizando-nos uma interpretação corretiva do preceito. Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “A (im)pertinência da autonomização dos danos puramente morais? Considerações a propósito dos danos morais reflexos”, *Cadernos de Direito Privado* 45 (Jan./Março 2014) 3 s.

lesado o seu direito à honra, na sua esfera invariável, que se vem a identificar, afinal, com a ideia de dignidade da pessoa humana.

Em causa estaria uma finalidade específica do ressarcimento: a reafirmação da validade dos bens jurídicos lesados (*Wunderfunktion*). Sobre o ponto, Maria Manuel Veloso explicita que “o dano não patrimonial seria concedido como *general damage*, isto é, como dano primário decorrente da lesão, para reintegrar o bem afetado e reafirmar o valor e dignidade jurídicos do mesmo”, acrescentando que “só em violações mais graves teria sentido falar de um dano não patrimonial assim concebido, com uma função de alerta e reintegração normativa”¹¹¹. Não cremos que a finalidade em causa se restrinja a particulares casos problemáticos, conquanto a finalidade de reafirmação contrafáctica da validade dos bens jurídicos lesados pareça estar presente em cada hipótese de responsabilidade civil, pelo que, se algum critério houver para a cisão entre os danos em si mesmo acionáveis e aqueles que só são indemnizáveis mediante a presença, alegação e prova dos prejuízos atuais experimentados, ele não poderá passar pela gravidade da violação, exceto se a entendermos em termos particularmente hábeis. De facto, o que está em causa não é tanto o ajuizamento acerca do desvalor objetivo de conduta ou da gravidade da culpa, mas a natureza do bem jurídico lesado. Configurando o bem jurídico lesado um direito indisponível, o dano que se produz não pode deixar de estar presente, ainda que não seja percecionado pelo lesado. Daí que se possa falar de um dano da morte (como reverso da lesão do direito à vida), de um dano da ausência paternal ou maternal (como reverso da lesão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade), de um dano de desonra (como reverso do direito à honra). É que o direito à vida é irrenunciável e ilimitável; a relação filial é indisponível; como igualmente o é a honra, na sua dimensão invariável, a aproximar-se da dignidade da pessoa humana.

Em certa medida, a proposta que fica inscrita em texto responde ao repto lançado por Menezes Cordeiro, quando afirma que, para salvaguarda de valores morais relacionados com a pessoa, a família, a dignidade, a saúde, o bom nome, se deve facilitar a imputação no tocante aos danos morais, quer pelo alijar das exigências no tocante aos pressupostos, quer pelo reforço das indemnizações¹¹². Fá-lo, contudo, não por via da excecionalidade, mas por via da especialidade: é a especial consideração da natureza dos direitos violados (a repercutir-se num dano) que justifica a solução proposta.

¹¹¹ Maria Manuel VELOSO, “Danos não patrimoniais”, 557.

¹¹² Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, 1999, 482 s.

Estamos em crer que ela se percebe com meridiana clareza: por um lado, o direito lesado é indisponível, o que significa que o titular dele não pode renunciar ao seu exercício (ainda que esteja em causa o exercício negativo de afastamento dos demais de qualquer intromissão com a sua esfera); por outro lado, o problema diz respeito a dimensões essenciais do ser humano (a fundar axiologicamente a indisponibilidade de que se fala), razão pela qual não se pode ignorar que — independentemente de ulteriores danos que se possam constatar em termos morais e independentemente das particularidades do caso concreto — o dano existirá sempre.