

Acerca da possibilidade de aplicação do artigo 800º CC a ilícitos extracontratuais – breve apontamento

Mafalda Miranda Barbosa*

I. Formulação do problema

Dispõe o artigo 800º/1 CC que “o devedor é responsável perante o credor pelos atos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor”.

Trata-se de um preceito com uma inegável importância prático-normativa e dogmática. Na verdade, a especialização de trabalho caracterizadora das sociedades atuais leva a que, muitas vezes, o devedor se socorra, no cumprimento da prestação a que se obrigou, do trabalho de terceiros, seus auxiliares, dependentes ou independentes. Ora, com a solução dispensada pelo preceito não só conseguimos alargar o leque de devedores de uma possível pretensão indemnizatória, como, sempre que estejam em causa danos puramente patrimoniais – os quais, em regra, não são passíveis de ser reparados no âmbito delitual –, ela pode ser a única via de o credor obter o ressarcimento, atenta a falta de uma relação especial entre o credor e aquele terceiro.

Por outro lado, não raras vezes a norma contida no citado artigo 800º CC é mobilizada, no confronto com a disciplina normativa do artigo 500ºCC, como argumento para a diferenciação de modalidades de responsabilidade civil, a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual. Curiosamente, há autores, entre os quais se

* Doutorada em Ciências Jurídico-civilísticas pela Faculdade de Direito de Coimbra; Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra; Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

destaca Pedro Múrias¹, que invocam o disposto no preceito (bem como no citado artigo 500º CC) para argumentar no sentido da unidade do instituto responsabilizatório. Subjacente a esta posição está a crítica do autor às posições dualistas nesta matéria. Nessa medida, afastamo-nos do seu pensamento, continuando fiéis àquela que é a lição tradicional na matéria. O nosso propósito, nestas páginas que se seguem, não é, portanto, o de pôr em causa a dicotomia clássica. Pelo contrário, é o de, partindo dela e respeitando-a, tentar perceber em que medida o artigo 800º CC pode ou não ser mobilizado para fazer face a situações das quais está ausente uma obrigação em sentido técnico.

O problema não é meramente teórico, sendo antes inspirado por casos que concretamente têm lugar na realidade. Pensemos no seguinte exemplo: *A* tem em seu poder uma coisa móvel, tendo o dever de a vigiar, de modo a não causar danos a terceiros. Nos termos do artigo 493º/1 CC, presume-se a culpa de *A*, em caso de verificação do referido dano, tendo de provar que “nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua”. Imagine-se, então, que *A*, pela especial complexidade técnica da coisa móvel em questão, celebrou um contrato com *B*, especialista naquele tipo de equipamentos, para que este exercesse o dever de vigilância sobre a coisa, no qual se integra a monitorização, reparação, controle, etc. Ocorrendo um dano, poder-se-á *A* eximir da responsabilidade, ilidindo a presunção de culpa contida no artigo 493º/1 CC, ao invocar que o dever de vigilância onerava, afinal, *B*? É neste quadro que os autores questionam acerca da possibilidade de mobilizar o artigo 800º CC: considerando-se *B* um auxiliar de *A*, este continuaria a ser, para todos os efeitos, responsável pelo dano sobrevindo.

A resposta a este problema implica que se compreenda, por um lado, a estrutura imputacional contida no artigo 493º/1 CC e, por outro lado, a estrutura imputacional presente no artigo 800º CC. Acresce que o logro esclarecimento da questão levar-nos-á a ter de lidar, igualmente, com a interpretação do artigo 492º CC, que, depois de afirmar que “o

1 Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 37, nº1, 1996, 171-217. De notar, porém, que o autor não trata o problema de forma absolutamente conclusiva. Pelo contrário, adere a um monismo radical no que toca a esta questão concreta (da responsabilidade pelos atos dos auxiliares), mas prescinde de um tratamento global da problemática das modalidades de responsabilidade civil.

proprietário ou possuidor de edifício ou outra obra que ruir, no todo ou em parte, por vício de construção ou defeito de conservação, responde pelos danos causados, salvo se provar que não houve culpa da sua parte ou que, mesmo com a diligência devida, se não teriam evitado os danos”, remete, no seu nº2, a responsabilidade pelos danos para a pessoa obrigada, por lei ou negócio jurídico, a conservar o edifício ou obra, em lugar no proprietário ou possuidor, quando tais danos forem devidos exclusivamente a defeito de conservação.

Antes, porém, importa tornar claros os contornos do modelo resarcitório em que nos movemos. O mesmo é dizer que, ainda que de forma necessariamente sincopada e não exaustiva, teremos de enfrentar o problema da cisão entre a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual. Só depois, na verdade, estaremos aptos a discernir acerca do problema central do nosso estudo.

II. Responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual

Os autores, na sua grande maioria, mantêm-se fiéis a uma visão dicotómica da responsabilidade civil².

2 Depõem nesse sentido Pereira COELHO, “O nexó de causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento IX, 1951, 98 s.; Id., *Obrigações – sumários das lições ao curso de 1966-67*, Coimbra, 1967, 145; C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 123; Inocêncio Galvão TELLES, 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010 (reimpressão), 321; J. M. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol I, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, 518 s.; António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003, 389; J. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989 (onde, ao longo de toda a obra, perpassa a distinção apontada); Rui de ALARCÃO, *Direito das obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença. Com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3º ano jurídico), policopiado, Coimbra, 1983, 206 s.; A. Vaz SERRA, “Responsabilidade contratual e Responsabilidade Extracontratual”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº85, 1959, 107-242.; Vasco Lobo XAVIER, *Anulação de deliberações sociais e deliberações conexas*, Coimbra, 1976, 320 e 359; M. Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, 49, nota 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 abstracção superior, e que faculte até uma útil aproximação dos preceitos que no CC se lhe referem”) e A. Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, 470, nota 316.

Contudo, vezes há que negam a cisão³⁻⁴⁻⁵.

Não procuremos ser exaustivos no tratamento da problemática. Diremos, apenas, que a distinção é enunciada com base em dois critérios e edificada em três níveis, que se projetam, posteriormente, em termos dogmáticos.

Entre os dois critérios de enunciação, podemos salientar aquele que cinde as duas modalidades de responsabilidade civil com base na di-

3 Cf. Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 300 s.; Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999 (reimpressão), 40 s.; Pedro Romano MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso, em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, 1994, 260 s.; Pedro MÚRIAS, "A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil", 175 s. No mesmo sentido, veja-se, ainda, Luís 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 s., tendo-se, porém, afastado deste entendimento em *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005, 95 s.

4 Cf., igualmente, Pedro ALBUQUERQUE, "A aplicação do prazo prescricional do artigo 498º/1 à responsabilidade contratual", *Revista da Ordem dos Advogados*, 49, 793 s.; Giovanna VISINTINI, "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, 2 s.; Francesca GIARDINA, *Responsabilità Contrattuale e Responsabilità Extracontrattuale, Significato Attuale di una Distinzione Tradizionale*, Milão, Giuffrè Editores, 1993; Ugo MAJELLO, "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", *Rassegna diritto civile*, 1988, 109 s.; Eduard PICKER, "Vertragliche und deliktische Schadenshaftung/Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme", *Juristenzeitung*, 1987, 1041-1058; Id., "Positive Forde-rundsverletzung und culpa in contrahendo. Zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt", *Archiv für die civilistische Praxis*, 183, 1983, 465 s.

5 A este propósito, acompanhe-se a sistematização de Pedro MÚRIAS, "A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil", 175 s. O autor distingue diversas formas de monismo e de dualismo. Dentro do monismo, refere-se ao que designa por monismo moderado ("que afirma que o fundamento das duas ordens de responsabilidade é idêntico, que são idênticos os valores chave que lhes subjazem, mas reconhece que, por razões técnicas, e por razões particulares, haja diferenças justificadas entre as figuras, ainda que secundárias, permitindo sempre um estudo tendencialmente unitário da responsabilidade civil") e ao que designa por monismo radical (que defende, para lá da identidade axiológica, a unificação dos regimes da responsabilidade civil). Dentro das construções dualistas, o autor distingue as seguintes: "uma que, simplesmente, distingue os fundamentos e/ou as funções das duas responsabilidades, justificando em globo as diferenças de regime que se costumam apontar (...), sem recusar uma unificação a um nível de abstração superior"; e outra que "induz uma diferença de natureza das duas responsabilidades a partir do direito positivo, chamando a atenção para a extrema importância das diferenças de regime consagradas".

ferença entre direitos absolutos e direitos relativos, correspondendo a violação dos primeiros ao ilícito aquiliano (na sua primeira modalidade) e a violação de direitos relativos à responsabilidade contratual⁶; ao lado daquele outro que considera estarmos diante de responsabilidade

6 Este critério implica duas precisões. Em primeiro lugar, pode existir responsabilidade extracontratual mesmo não existindo violação de direitos absolutos. Basta pensar na violação de disposições legais de proteção de interesses alheios e no abuso do direito como outras vias de desvelação da ilicitude delitual. Ele seria, nesta medida, meramente tendencial. Em segundo lugar, ele pressupõe a rejeição (por nós assumida) da chamada eficácia externa das obrigações. Sobre o ponto, para mais desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, Coimbra, 2006.

Veja-se, também, para uma panorâmica sobre a questão, BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964; Id., “La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio”, *Rivista critica del diritto privato*, 1987, 283 s.; Pietro TRIMARCHI, “Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio del credito”, *Rivista diritto civile*, 1983, I, 299 s.; Giovanna VISINTINI, “La tutela aquiliana delle posizione contrattuali”, *Contrato e impresa*, 1985, 651 s.; Francesco GALGANO, “Le mobile frontiere del danno ingiusto”, *Contrato e impresa*, 1985, 1-27; Karl NATSCHERADETZ, “A responsabilidade civil do terceiro cúmplice”, *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Lisboa*, nº5, 1986, 36-39; SAVATIER, “Le prétendu principe de l’effet relatif des contrats”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1934, 541 s.; Ferrer CORREIRA, “Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 98º, 356 s.; Diogo Leite CAMPOS, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão do crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, Lisboa, 1986, 51 s.; Alberto LUÍS, “O problema da responsabilidade civil dos bancos por prejuízos que causem a direitos de crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, Lisboa, 1999, 895-914; Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*; Pessoa JORGE, *Ensaio*, 79; Menezes LEITÃO, *A responsabilidade do gestor*, p.141; Pessoa VAZ, *Do efeito externo das obrigações (algumas perspectivas da mais recente doutrina portuguesa e alemã)*, ed. policopiada, 1977; Rui de ALARCÃO, *Direito das obrigações*, 77 s., em especial 84-85; Pereira COELHO, *Obrigações*, 70; Álvaro DIAS, *Dano corporal. Quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001, 291; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 490 s.; Vaz SERRA, “Responsabilidade de terceiros no não cumprimento das obrigações”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº85, 1959, 345-360; Id., “Anotação ao acórdão de 17 de Junho de 1969”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 103º ano, 1970-1971, 458-463; Carneiro da FRADA, *Contrato*, 162; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, 1966, 51-53; Antunes VARELA, *Das obrigações*, 175 s.; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*. 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, 71 s; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 185-188, 194, 523; Rita Amaral CABRAL, “A tutela delitual do direito de crédito”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, 1025-1053; Vasco Lobo XAVIER e Ferrer CORREIA, “Efeito externo das obrigações; abuso de direito; concorrência desleal”, *Revista de Direito e Economia*, 1979, 12 s.

contratual sempre que o dano resulta do incumprimento de uma obrigação em sentido técnico⁷.

Para lá da enunciação formulada nestes termos, há níveis de segmentação que não podem ser esquecidos. O que releva, desde logo, é uma diferença *estrutural*, denotada pela análise do problema acerca da dualidade ou unidade entre o dever de prestar e o dever de indemnizar. Estruturalmente, responsabilidade contratual e extracontratual não se confundem. Quando a lei se refere à responsabilidade contratual, já definiu o critério de individualização do sujeito responsável. É a própria obrigação previamente assumida que o faz. Diversamente, ao nível da responsabilidade extracontratual, é necessário encontrar, dogmáticamente, critérios de delimitação do sujeito responsável e do círculo de potenciais credores da pretensão indemnizatória. Este constitui o problema preliminar em sede delitual⁸. O pressuposto da distinção é a existência de um negócio prévio. É a partir dessa constatação e da particularidade de o dano resultar no âmbito desse acordo negocial que se desencadeia um regime especial de responsabilidade. No fundo, a distinção resulta, estruturalmente, das fontes⁹.

Repare-se, aliás, que este índice de diferenciação não é meramente genético. Na verdade, a referência ao âmbito negocial refrate-se em inúmeros aspetos da determinação da indemnização, como, por exemplo, a circuns-

7 Nesta medida, os autores salientam que não seria absolutamente correto o termo responsabilidade contratual, na medida em que a obrigação que estaria na base da mesma não teria de surgir necessariamente de um contrato, podendo resultar de um qualquer negócio jurídico ou de outra fonte não negocial.

Sobre o ponto, cf. Pedro MÚRIAS, "A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil", 172 s. Note-se que, para o autor, contrariamente ao que é verbo corrente na doutrina, o problema não é meramente terminológico.

8 Ver, a este propósito, PUGLIATI, "Alterum non laedere (Il diritto positivo e le dottrine moderne)", *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1958, 106-107; Id., "Autoresponsabilità", *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, 452.

9 Cf. SCOGNANIGLIO, "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, Torino, 1986, 670 s.; Id., "Responsabilità contrattuale (diritto vigente)", *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1072. V., ainda, Ugo MAJELLO, "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", 109; Id., "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", 7 s.

crição dos danos que podem ser ressarcidos¹⁰. Concordamos, por isso, com os autores que veem no direito de indemnizar uma modificação objetiva do primeiro direito de prestar. De facto, ao nível contratual, a prestação não cumprida sofre uma mutação, transformando-se num dever de indemnizar¹¹. Neste sentido depõem autores como Guilherme Moreira, Manuel de Andrade, Antunes Varela, Mota Pinto, Almeida Costa, Rui Alarcão, Sinde Monteiro, Pinto Monteiro e Calvão da Silva¹². Em sentido oposto, manifestam-se Gomes da Silva, Pessoa Jorge e Carneiro da Frada, entre outros¹³.

10 Cf., sobre o ponto, com amplo desenvolvimento Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, volume I e II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008. Veja-se, ainda, toda a questão que envolve o problema da imputação objetiva (tradicionalmente entendida como nexa de causalidade). Cf., designadamente, a posição de RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, De Gruyter, Berlin, 1936, 495

11 Cf. C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral*, 372, onde o autor apresenta como exemplo de modificação objetiva de direitos a mutação do dever de prestar em dever de indemnizar, em caso de incumprimento contratual; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano do curso jurídico de 1980/1981*, Centelha, Coimbra, 1981, 76; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1992, 20 s., em especial pág. 21, onde o autor refere como exemplo de modificação objetiva a situação de impossibilidade de cumprimento de uma obrigação por culpa do devedor, transformando-se o dever de prestar num dever de indemnizar.

12 Guilherme MOREIRA, *Instituições de direito civil português*, II, 2ª edição, Coimbra, 1925; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral*, 21 (refira-se que MANUEL DE ANDRADE, embora rebata a teoria dualista, considera que a ação creditória deve ser vista como um elemento exterior e acessório da obrigação); C.A. Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, 428, nota 2; RUI ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 65 s.; J. Sinde MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Almedina, Coimbra, 1987; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 48; Antunes VARELA, *Das Obrigações*, I, 157; A. Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, 193, nota 420.

13 M. Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, 226 s. e 351 (diferenciando as duas realidades em cinco parâmetros: o objeto, o fim, a função, a fonte e a justificação); Pessoa JORGE, *Ensaio*, 44 s.; M. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 94 e 226. Para Carneiro da Frada, o busilis da questão encontra-se na diferente causa de atribuição patrimonial. O dever de indemnizar “representa uma sanção do ordenamento jurídico destinada a reparar o dano da violação da especial relação patrimonial entre dois sujeitos instituída pelo contrato”.

Também Galvão Telles começou por defender uma tese dualista, embora hoje a recuse – cf. Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 48 e 248.

Nesta perspetiva incluem-se, ainda, Menezes CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, AAFDL, Lisboa, 1994; Id., *Da boa fé em direito civil*, Almedina, 2001; Menezes LEITÃO, *A responsabilidade civil do gestor*, 197; Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 178.

Afirma Gomes da Silva que os dois deveres – *dever de prestar e dever de indemnizar* – são completa e radicalmente distintos. Já Pessoa Jorge, reconhecendo embora que não se pode estabelecer uma “distinção radical e completa”, entende ser mais correto afirmar a autonomia do dever de prestar e do dever de indemnizar, pela diversidade de objetos, pela consideração dos casos em que a indemnização é devida simplesmente por mora do devedor. O autor chama, ainda, a nossa atenção para o facto de “mesmo quando o direito de crédito tem carácter estritamente pessoal e por isso caduca a morte do credor, se, em vida deste, o devedor não cumpriu e incorreu em responsabilidade civil, o crédito à indemnização perde esse carácter pessoal e transmite-se aos herdeiros”¹⁴.

Reconhecemos o peso dos argumentos. Não cremos, porém, que a conclusão tenha de ser necessariamente a que foi extraída. Com efeito, e como Pessoa Jorge reconhece, ambos os deveres visam o mesmo fim – a satisfação do interesse do credor. Por outro lado, podemos ainda reconduzir o dever de indemnizar à realidade contratual¹⁵. Além disso, muitos dos argumentos avançados têm um peso relativo diminuto, padecendo de algum formalismo. As modificações assinaladas pelos autores são consentâneas com a manutenção do objeto.

De certo modo, é ainda no quadro traçado pela autonomia da vontade que se pode explicar a sanção imposta pelo ordenamento jurídico para a

14 Na doutrina italiana, cf. Carlo CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1997, 103. O autor entende que o dever de prestar e o dever de indemnizar não se confundem, porque entre eles interpõe-se o dano, fator que justifica a especificidade do segundo em relação ao primeiro. Não obstante, Castronovo defende a distinção entre as duas modalidades básicas de responsabilidade civil. Mas, essa diferença entre os dois deveres permite ao autor admitir a responsabilidade do terceiro cúmplice no incumprimento no âmbito da responsabilidade contratual.

No espectro do pensamento jurídico alemão, PICKER – “Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo. Zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt”, 393 s. – defende igualmente a tese da dualidade, com base no diferente fundamento entre o dever de prestar e o dever de indemnizar. Enquanto este tem como fonte a lei, aquele terá como fonte o negócio jurídico. Segundo o autor, não é viável pensarmos que, ao celebrar-se um contrato, se está a prometer, em simultâneo com a promessa de uma prestação, o valor económico da mesma, isto é, a indemnização dos prejuízos causados pelo não cumprimento contratual. (cf. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 84, nota 161, num sentido concordante com o jurista germânico).

15 “No que respeita à origem ou fonte, se bem que qualquer responsabilidade tenha a sua fonte na violação ilícita de um dever, na responsabilidade obrigacional, o dever de indemnizar participa de algum modo da fonte do dever de prestar; e isso tem reflexos no próprio regime” – Pessoa JORGE, *Ensaio*, 47.

hipótese de não cumprimento voluntário da prestação. Ademais, a própria indemnização pode ser fixada no âmbito da economia contratual, num puro exercício da autonomia privada das partes. Pensemos no caso de fixação antecipada da indemnização, através de uma cláusula penal puramente indemnizatória¹⁶. Trata-se inequivocamente de uma situação em, pelo facto de as partes avocarem o poder de fixar invariavelmente o *quantum* indemnizatório, nos apercebemos que a indemnização surge como idêntica ao dever de prestar na sua natureza e na sua finalidade. É apenas um sucedâneo daquele, que, em face do incumprimento contratual, visa satisfazer o interesse do credor. Tanto mais assim é que, numa outra modalidade de cláusula penal – a cláusula penal *stricto sensu* –, a indemnização fica excluída, sendo substituída pela pena, sem que, contudo, esta seja ela própria a indemnização, antes satisfazendo por outra via o referido interesse do credor. Picker tenta contornar esta evidência dizendo que, porque a responsabilidade civil terá necessariamente uma natureza heterónoma, a cláusula penal não pode ser vista como um instituto da responsabilidade contratual em sentido próprio, mas como um dever de prestar subsidiário e condicionado, de origem negocial¹⁷. Não cremos, contudo, que seja plausível a teoria do autor. Na verdade, sufragar tal entendimento levar-nos-ia a confundir as diversas modalidades de cláusula penal. A pena será um dever acessório e complementar no caso de a cláusula penal ser estritamente compulsória. É neste caso que a pena acresce a uma eventual indemnização, não se confundindo com a responsabilidade contratual¹⁸.

16 Trata-se da modalidade de cláusula penal prevista no Código Civil. Para maiores desenvolvimentos acerca das diferentes modalidades de cláusula penal e dos regimes a elas associados, cf., por todos, A. Pinto MONTEIRO, *Cláusula Penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999

17 Cf. PICKER, “Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo. Zur Problematik der Haftungen zwischen Vertrag und Delikt”, 395 e 402.

18 No que respeita a uma terceira modalidade de cláusula penal, a cláusula penal em sentido estrito, reitera-se o que ficou dito em texto. Entende-se que, nesse caso, a pena não acresce à indemnização, antes a substituindo, não porque seja a própria indemnização, mas porque satisfaz por outra via o interesse do credor, chegando-se assim à consagração de uma obrigação com faculdade alternativa. Também aqui, permitindo-se que o credor reivindique, em vez da indemnização, a pena contratualmente fixada, porque ela satisfaz o interesse primariamente subjacente à contratação, chegamos à conclusão que, afinal, a indemnização visa dar resposta ao interesse do credor, quando o cumprimento contratual já não é possível, é defeituoso ou tardio. Para mais desenvolvimentos, por todos, A. Pinto MONTEIRO, *Cláusula Penal e indemnização*.

Ou seja, enquanto ao nível da responsabilidade extracontratual somos confrontados com uma obrigação que surge *ex novo*, na congénere contratual, a obrigação de ressarcir os danos resulta de uma obrigação pré-existente.

Constatamos fenomenologicamente que a rutura de um contrato assume uma fisionomia precisa, individualizando automaticamente os sujeitos ligados pela obrigação ressarcitória, já que estes são os mesmos que estavam unidos preteritamente pelo vínculo contratual. O mesmo não ocorrerá ao nível das situações desencadeadoras de responsabilidade aquiliana. A fisionomia da obrigação que eventualmente poderá surgir não é clara, pelo que necessitamos de recorrer a outros parâmetros limitadores, que se ancoram na própria noção de responsabilidade extracontratual e que determinam diferenças mais ou menos notórias de regime, por referência à primeira.

Há, porém, duas realidades dogmáticas que não podem ser escamoteadas se quisermos ser concludentes no nosso percurso dialógico.

Falamos, em primeiro lugar, de todas aquelas situações em que, não obstante inexistir um contrato, existe uma obrigação em sentido técnico que, independentemente da sua fonte, faz emergir, em caso de violação da mesma, uma situação de responsabilidade contratual/obrigacional. Ora, estamos em crer que os dados do problema não se alteram substancialmente. Desde logo, situações haverá que – ainda que não possam ser reconduzidas a um contrato – coenvolvem ainda o exercício da autonomia privada e convocam os princípios norteadores da atuação daqueles que, no tráfego, devem ser honestos, leais e corretos. Por outro lado, mesmo quando assim não é¹⁹, nada se altera do ponto de vista estrutural.

Falamos, em segundo lugar, de todas as outras situações em que a factualidade desencadeadora de uma pretensão indemnizatória ultrapassa a não satisfação do dever de prestação principal. De facto, importa não esquecer que as relações obrigacionais, surgidas

19 Pense-se, por exemplo, nas situações de gestão de negócios. Refira-se a este propósito que alguns autores procuram reconduzir as situações de responsabilidade no quadro da gestão de negócios a uma terceira via de responsabilidade civil.

Pense-se, ainda, nas situações desencadeadoras de responsabilidade pré-contratual.

ou não por via de um contrato, se caracterizam pela sua complexidade²⁰. Ora, não cremos que também este dado altere substancialmente as conclusões a que já tínhamos chegado. Desde logo, em termos estruturais, continua a demarcar-se previamente uma relação entre sujeitos certos e determinados (ou determináveis). Por outro lado, se dogmaticamente o problema pode ser contornado por via da recondução dos chamados deveres de proteção ao núcleo do acordo²¹, do ponto de vista da finalidade do direito à indemnização não se descortina mutação bastante que altere a ponderação.

Mota Pinto define a relação obrigacional complexa como “uma entidade dogmática diversa de uma simples soma ou conglomerado de créditos e débitos, consistindo numa unitária relação da vida que sucessivamente se pode desentranhar em vários vínculos e faculdades²². Antunes Varela, por seu turno, defende que a obrigação não deve ser vista como uma relação una e simples, mas como uma relação complexa, “como um verdadeiro processo que se desenrola no tempo”²³. Assim, considera o autor que entre o dever de prestar e o dever de indemnizar é discernível uma continuidade. “Não é a diversidade de objeto entre o direito inicial à prestação e a ação creditória, mesmo quando esta tenha por fim a indemnização por equivalente, que constitui obstáculo lógico intransponível à integração dos dois poderes na

20 Sobre a noção de relação obrigacional complexa, cf., *inter alia*, RUI DE ALARCÃO, *Direito das obrigações*, 61 s.; MOTA PINTO, *Cessão*, 224; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, I, 156; MENEZES CORDEIRO, “Violação positiva do contrato – anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1980”, *Estudos de Direito Civil*, volume I, Almedina, Coimbra, 1991, 123 s.

21 Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico – algumas reflexões”, *Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

A outras conclusões chegou M. Carneiro da Frada, que, por isso mesmo, na linha proposta por Canaris, abre as portas a uma terceira via de responsabilidade civil – cf. M. Carneiro da Frada, *Contrato*, 187 s.

Opondo-se, também, a esta solução de recondução, v. Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 202.

22 Mota PINTO, *Cessão*, 224.

23 Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 156

mesma relação obrigacional”²⁴. Recusa, portanto, este autor a teoria que decompõe a obrigação em dois elementos distintos – o débito e a responsabilidade – que não seriam mais do que duas relações distintas com existência autónoma e diversa natureza jurídica, variando a natureza do segundo elemento consoante o autor²⁵. Entende Antunes Varela que os argumentos avançados pelos juristas que sustentam tal posição não são aceitáveis. O facto de existirem obrigações naturais, onde a relação de responsabilidade está ausente, não depõe a favor da tese da dualidade uma vez que “não são verdadeiras obrigações jurídicas, nem sequer deveres jurídicos: trata-se de meros deveres morais ou sociais juridicamente relevantes, que se não caracterizam apenas pela falta de ação creditória”²⁶. Da mesma forma, considera o autor incorreto que se entenda que em certos casos a dívida esteja num lado e a responsabilidade em outro. De facto, mesmo nas hipóteses de fiança, de penhor ou hipoteca constituídos por um terceiro, o devedor continua responsável com todos os seus bens suscetíveis de penhora. Pelo contrário, não podemos conceber a responsabilidade sem a prévia assunção de uma dívida. Aliás, logo que esta se extinga por qualquer forma, desaparece a responsabilidade²⁷.

Como refere Mengoni, “o conceito de obrigação não se esgota na relação de débito no chamado dever de cumprimento, pois implica, como elemento coessencial, um vínculo de responsabilidade, que tem

24 Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 157

25 A tese mais corrente é a que considera a relação de responsabilidade como um direito real de garantia, mais precisamente um direito de penhor, que recai sobre o património do devedor entendido como uma universalidade. Sobre este ponto, com maiores desenvolvimentos, veja-se por todos Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 145.

26 Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 147. Note-se, aliás, que nas obrigações naturais conseguimos descortinar o elemento garantia da relação jurídica, que se traduz, em concreto, na faculdade que o credor tem de não repetir o indevido, desde que tenha sido prestado espontaneamente e desde que o devedor tenha capacidade para efetuar a prestação, nos termos do artigo 403º CC.

V., contudo, sobre as obrigações naturais, para um mais desenvolvido contacto com a nossa perspetiva de entendimento da categoria, Mafalda Miranda BARBOSA, “Obrigações naturais: notas a propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2006 (Processo 06A4210)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 89, tomo II, 2013, 903-924; Id, “Concursos televisivos e obrigações naturais – breves notas a partir da ponderação judicativa do Supremo Tribunal de Justiça”, *Scientia Iuridica*, nº336, 2014.

27 Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 151.

por objeto a prestação, sempre que possível, do equivalente pecuniário do interesse no cumprimento”²⁸.

Assim sendo, podemos assentar na ideia da obrigação como uma relação obrigacional complexa, que se desdobra em múltiplos vínculos e que abarca inúmeros deveres e direitos que vão além do dever de prestação e do correspondente direito à prestação. Encontramos nela, ao lado dos deveres principais ou típicos, os chamados deveres secundários, dentro dos quais se integram os deveres acessórios da prestação principal (todos os deveres cujo cumprimento se exige em nome da perfeita execução da prestação principal), os deveres relativos às prestações substitutivas ou complementares da prestação principal (dever de indemnização, decorrente dos prejuízos sofridos pelo não cumprimento, a mora ou o cumprimento defeituoso do dever de prestação principal). A par destes, existem ainda, no complexo em que se traduz a relação obrigacional, certos direitos potestativos, ónus e expectativas jurídicas. Do mesmo modo, integram-na certos deveres de conduta, a que Stoll deu o nome de deveres de protecção ou de tutela, porque eles se destinavam a proteger o credor dos perigos que lhe podiam advir da incorreta realização da prestação²⁹, Larenz designou por outros deveres de conduta e Esser por deveres laterais³⁰⁻³¹. Não se

28 MENGONI, “Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi”, *Rivista di Diritto Commercial*, 1954, I, 283, nota 13.

29 Antunes VARELA considera incorreta a expressão do autor alemão, por abranger apenas uma das finalidades que os deveres de conduta podem cumprir – *Das obrigações*, I, 123, nota 1.

30 Cf. Rocha ALVES, *Deveres de protecção*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2000 (policopiado)

31 A designação dos autores não é coincidente, embora todos eles se refiram à mesma realidade. De facto, parece não haver unanimidade na doutrina, mesmo portuguesa, quanto à sistematização dos diversos deveres que integram a relação obrigacional. Assim, Mota Pinto analisa o conteúdo da relação obrigacional em deveres principais de prestação e deveres secundários de prestação, que podem ser deveres secundários com prestação autónoma (prestações sucedâneas do dever primário de prestação, como é o caso do dever de indemnizar a que nos temos vindo a referir), ou deveres secundários, acessórios da prestação principal, que não tendo autonomia em relação a esta, estão funcionalmente ligados ao interesse no cumprimento, dirigindo-se à realização do interesse no crédito. Para além destes deveres, o autor identifica outros: os chamados deveres de conduta decorrentes da boa fé (Mota PINTO, *Cessão*, 338 s., nota 3). Não se destinam a garantir o cumprimento da

devem, portanto, confundir os diversos tipos de deveres que integram a relação obrigacional complexa. Deveres acessórios e deveres de conduta distinguem-se, desde logo porque os deveres de conduta podem emergir antes do surgimento do dever de prestação, principal ou acessório, falando-se hoje nas chamadas relações obrigacionais sem deveres primários de prestação, bem como podem subsistir depois de finda a relação contratual.

Ora, como se referiu, não só estes deveres podem ser reconduzidos dogmaticamente, v.g. através das regras próprias da integração e da interpretação negociais, para o núcleo do acordo das partes, como do ponto de vista funcional se percebe que eles não estão arredados do fim contratualmente visado. Com o que, afinal, nos deparamos com o segundo nível distintivo da responsabilidade contratual por referência à responsabilidade extracontratual.

Na verdade, também *funcionalmente* as duas modalidades de responsabilidade civil se distanciam. Enquanto ao nível da responsabilidade contratual se procura dar resposta ao interesse do credor que foi preterido com o incumprimento contratual, ao nível da respon-

obrigação, mas caracterizam-se “por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de protecção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes. Servem (...) o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato, independentemente do interesse no cumprimento” (pág. 339).

Rui de Alarcão, por seu turno, fala em deveres principais ou de prestação, “que constituem o elemento fundamental da obrigação em ordem à realização do seu fim”, a par dos quais encontraríamos deveres secundários ou acidentais de prestação, que podem por sua vez ser meramente acessórios da prestação principal, ou ser um sucedâneo do dever primário de prestação, como é o caso por nós já referido do direito à indemnização, o que não obsta a que ele coexista com este (pense-se no mesmo caso de dever de indemnização por incumprimento contratual, quando o incumprimento se traduza em mora do devedor). Além destes, Rui de Alarcão fala-nos igualmente dos deveres laterais, expressão que considera, em termos explícitos, mais pertinente para designar a realidade em causa do que outras expressões correlativas, como sejam “deveres de conduta, deveres acessórios de conduta”, “deveres de protecção” ou “deveres de tutela”, que são aqueles que “tendo como fonte uma cláusula contratual, uma norma legal ou o princípio da boa fé, auxiliam, não o cumprimento dos deveres principais, mas a cabal satisfação dos interesses globais visados pela relação obrigacional complexiva” (Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 65 s. e 67).

sabilidade extracontratual tutelam-se bens jurídicos reconhecidos pelo ordenamento jurídico³². Percebe-se, por isso, também por esta via, que contratualmente se defina *a priori* o obrigado à indemnização – aquele que se vinculou, no puro exercício da sua autonomia privada, a satisfazer aquele interesse legítimo do credor.

A indemnização resultante da responsabilidade contratual inscreve-se ainda e sempre no plano de satisfação do interesse do credor. Pensemos no seguinte exemplo. A celebra um contrato de fornecimento de energia elétrica com B, que deixa de cumprir, ficando suspensa a laboração de uma empresa, pelo que aquele A sofre prejuízos. Com o contrato celebrado, o primeiro contraente procurava satisfazer o seu interesse, ou seja, pretendia que as suas instalações fossem abastecidas por energia elétrica de molde a poder produzir e concomitantemente obter lucros. Ora, a indemnização deverá cobrir os danos que A sofreu em virtude do não cumprimento contratual, incluindo os lucros que ele deixou de auferir. Donde se conclui que a indemnização é ainda uma forma, embora subsequente, de satisfação do interesse do credor, pelo que materialmente o dever de indemnizar não pode deixar de ser visto como um sucedâneo do dever de prestar.

O interesse do credor não se limita à obtenção da prestação acordada a título principal pelas partes. Na verdade, ao credor não é indiferente que a energia elétrica seja fornecida de forma normal ou que ela seja fornecida com violação de deveres de proteção que acarretem a lesão da sua propriedade. Por isso mesmo, e porque conseguimos reconduzi-

32 A finalidade primária da responsabilidade extracontratual há-de ser, na verdade, encontrada no ressarcimento dos danos que resultem da violação de bens jurídicos protegidos por via da atribuição de direitos subjetivos absolutos (em regra). Quer isso dizer que existe ao nível da responsabilidade civil delitual uma finalidade reiperçussória, que foi sendo dogmaticamente identificada desde os alvares da edificação dos grandes modelos de ressarcimento. Isto não quer, contudo, dizer que a teleologia aquiliana se esgote neste segmento. Como tivemos já oportunidade de referir noutros estudos, a sua finalidade mais densa passa pela reafirmação da dignidade da pessoa, ao ser chamada à responsabilidade correspondente à sua esfera de atuação. Para mais desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, Coimbra, 2005, 511-600; Id., *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia, 2014

los ao conteúdo contratualmente acordado pelas partes, considerámos tratar-se também aí de um caso de responsabilidade contratual³³.

Se ficarmos, porém, presos a estas dois patamares de distinção corremos o risco não só de cair no puro conceptualismo, reduzindo a diversidade de regimes à dicotomia entre direitos relativos e absolutos, como de enfrentar problemas acrescidos em situações emergentes da realidade social com um maior grau de complexidade³⁴.

Importa, por isso, ter em conta um último patamar de distinção. Na verdade, responsabilidade contratual e extracontratual também se distinguem a *nível axiológico e teleológico*. Assim, enquanto ao nível da responsabilidade contratual, pese embora se exercite a autonomia, avulta uma ideia de confiança normativizada; ao nível da responsabilidade extracontratual deparamo-nos com o ser pessoa, dotado de uma ineliminável dignidade ética, que radica numa dada compreensão da liberdade, positivamente entendida e, portanto, indissociável da responsabilidade, na sua atuação quotidiana. Esta não surge já, como à boa maneira iluminista, como um limite daquela liberdade que se invoca, mas como uma forma de atualização dela, o que nos permitirá iluminar os diversos critérios de imputação com que haveremos de lidar³⁵⁻³⁶.

33 Poder-se-ia verificar concomitantemente um caso de responsabilidade extracontratual pelo risco, nos termos do artigo 509^oCC, havendo ainda a possibilidade de se desvelar em concreto a culpa. Aderimos, assim, a uma ideia de concurso de fundamentos de uma pretensão indemnizatória.

34 Como resolver, afinal, os problemas de autovinculação sem contrato ou os problemas emergentes de uma gestão de negócios, a que já fizemos referência. Sobre estes problemas, cf., por todos, com amplo desenvolvimento, M. Carneiro da FRADA, *Contrato*; Id., *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Lisboa-Porto, 2003; Menezes LEITÃO, *A responsabilidade do gestor*.

35 Para mais desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*; Id., "Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate", *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, Coimbra, 2005, 511-600

36 Note-se que estas diferenças entre as duas modalidades de responsabilidade civil se sustenta, também, em termos históricos. Sobre o ponto, cf. Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil*, 470 s. Por outro lado, ela projeta-se em termos dogmáticos, consagrando-se soluções diversas consoante o regime concretamente mobilizado. V. Francesca GIARDINA, *Responsabilità Contrattuale e Responsabilità Extracontrattuale*.

III. A responsabilidade do comitente e a responsabilidade do devedor por atos dos seus auxiliares – breve confronto

As diferenças estruturais, funcionais e axiológicas entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual projetam-se em aspetos de regime. Um dos índices da dicotomia é, então, comunicado pela diversa disciplina normativa da responsabilidade do devedor por atos dos seus auxiliares, quando confrontada com a responsabilidade do comitente³⁷.

O artigo 500º/1 CC prevê que “aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar”, restringindo o nº 2 do citado preceito a responsabilidade para as situações em que “o facto danoso for praticado pelo comissário, ainda que intencionalmente ou contra as instruções daquele, no exercício da função que lhe foi confiada”.

Muitas são as dúvidas patenteadas pelo regime. Desde logo, sendo certo que o artigo 500º CC consagra uma hipótese de responsabilidade objetiva, os autores questionam se estaremos diante de uma verdadeira responsabilidade pelo risco ou de perante uma forma de responsabilidade *garantia*, que visa acautelar o lesado contra o risco de insolvência do comissário. Fundamental, para que o comitente responda, é que a responsabilidade recaia em primeira linha sobre o comissário e que os danos tenham sido causados no exercício das funções que lhe foram confiadas. Segundo Menezes Cordeiro, “a ideia do legislador é a de delimitar o âmbito do risco que vai repercutir no comitente”. Ora,

37 A diferença é, como referido anteriormente, ignorada por Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”. Trata-se, contudo, de uma consequência do entendimento monista (radical) defendido pelo autor. Na verdade, algumas das conclusões a que chega e que mostram a falta de fronteiras entre o artigo 500º e o artigo 800º CC são condicionadas pelo facto de o autor não operar a cisão tradicional entre as modalidades ressarcitórias. Dir-se-ia, portanto, que no *topos* argumentativo já é levada ínsita a própria conclusão.

Sobre o ponto, também numa perspetiva crítica, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 232 s. Veja-se, ainda, M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 297 s. e, no quadro do ordenamento jurídico alemão, Klaus SCHREIBER, “Die Haftung für Hilfspersonen”, *Jura*, 1987, 647 s., tendo em conta os §§278 e 831 BGB. De notar, porém, que o §831 exige a culpa do comitente, não consagrando, portanto, uma hipótese de responsabilidade objetiva.

nem sempre se mostram coincidentes as respostas dos autores quanto à delimitação anunciada. Antunes Varela considera que há atuação no exercício das funções quando a comissão seja causa adequada ou idónea do facto ilícito perpetrado pelo comissário. Importante é que o ato seja praticado no quadro geral de competência deste último, uma vez que, fora dele, a lesão ocorrida deixa de ser previsível, não devendo o comitente responder por ela³⁸⁻³⁹⁻⁴⁰⁻⁴¹.

38 Cf. Antunes VARELA, *Das Obrigações*, I, 536 s.

39 No mesmo sentido, cf. Pedro Nunes de CARVALHO, "A responsabilidade do comitente", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, 1988, 85 s. Porque "o comitente só será chamado à responsabilidade nos casos em que o ato praticado pelo comissário tenha determinado nexos causal com a comissão", coloca-se o problema de saber como é que ele há-de ser estabelecido. Em resposta ao quesito, o autor aduz que "não basta que haja uma mera conexão temporal ou local com a função", sendo necessário que o ato seja praticado no exercício dela. Tal conexão há-de ser suficiente e não ocasional, devendo interpretar-se a noção de acordo com o fundamento da responsabilidade do comitente, qual seja, a de se basear também no benefício que o comitente retira da atividade do comissário, não estando em debate uma mera responsabilidade pela garantia. Nessa medida, o autor sustenta que, quando o artigo 500º/2 CC aponta para "a responsabilidade do comitente por atos praticados pelo comissário ainda que intencionalmente, deve entender-se que a referência aos atos danosos praticados intencionalmente pelo comissário no exercício da sua função se reporta apenas àqueles que sejam previsíveis (...) no quadro geral da função (teoria da causalidade adequada)".

40 Cf., ainda, Mota PINTO, *Teoria Geral*, 321; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, I, 17-18, sustentando o que o nexos do facto ilícito com as funções do comissário deve ser interno, direto e causal; Antunes VARELA/Pires de LIMA, *Código Civil anotado*, vol. I, 4ª edição, 1987, p. 509, falando de factos ilícitos praticados por ocasião do exercício das funções mas em que o exercício não constitui uma causa adequada.

41 Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, 407. A autora mostra-se cética da possibilidade de densificar a noção de "exercício de funções" com recurso a um critério causal. Para ela, "a principal dificuldade radica em que o uso de expressões habitualmente conotadas com um dos pressupostos da responsabilidade civil pode levar a equívocos terminológicos e conceituais", confundindo-se o pressuposto comum da causalidade com um dos pressupostos específicos da responsabilidade do comitente. Apresentando o seu próprio critério (distinto, pois, da cisão entre *exercício das funções* e *por ocasião das funções*, a fazer apelo à ideia de que, neste último caso, o facto podia ter tido lugar independentemente daquelas), esclarece que a conexão causal adequada entre as funções do comissário e o facto danoso traduz-se fundamentalmente na verificação de um certo nível de probabilidade de que no decurso daquelas funções possa ocorrer um ato lesivo de terceiros, não andando por isso muito longe das soluções a que se chegam pelo denominado *Salmond Test* (o qual vem indagar se o ato se insere no âmbito dos atos autorizados pelo comitente, quer a autorização seja expressa, tácita ou mesmo aparente) – cf. pág. 342 s.

Por seu turno, Menezes Cordeiro e Menezes Leitão acabam por aderir a um posicionamento mais amplo, sustentando que basta que os danos sejam causados no exercício da função e não por causa dela⁴². Ora, tudo visto, cremos ser preferível sustentar, na esteira do entendimento mais restritivo, que a lesão deve ser vista como concretização do risco funcional, exigindo-se, por isso, a atuação no quadro geral de competência ou dos poderes conferidos ao comissário, com o que ficam excluídos os atos que não se inscrevem no esquema do exercício da função (que foi para o surgimento deles mera ocasião), embora se incluam os que se ligam àquela por um nexo meramente instrumental (designadamente nas hipóteses de abuso de funções)⁴³.

Fica vincado por esta via um sentido imputacional evidente. Mas, não obstante, não é possível falar-se aqui de um risco específico pelo qual o comitente há-de responder. Como explica Maria da Graça Trigo, quando se afirma que ao comitente cabe suportar os riscos da comissão, está-se, no fundo, a sustentar que lhe cabe suportar as contingências resultantes de ter outras pessoas a atuar para si (teoria do alargamento das esferas de risco) e os perigos que a comissão acarreta. No entanto, “o facto de se utilizar o trabalho de um comissário pode aumentar, diminuir ou simplesmente manter inalterada a probabilidade do dano”. Basta pensar que frequentemente o dependente é escolhido pelo principal em função das suas competências profissionais, donde o risco até poderia diminuir. Acresce que, e continuando a acompanhar o seu estudo, a referência que se faz, em sede de responsabilidade do comitente, ao risco normal inerente ao negócio acaba por contrariar o simultâneo ape-lo ao aumento do risco⁴⁴. Ou, como adverte Antunes Varela, o simples

42 MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, Almedina, 2010, 614; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações* I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, 369

43 A lição é de ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, 642, que aqui acompanhamos de perto. Note-se, porém, que não aderimos a uma conceção de causalidade entendida em termos de causalidade adequada. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*.

44 Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 406 s. A autora considera a possibilidade de se analisar o fundamento da hipótese ressarcitória na ótica do risco da empresa. Não se identificando aqui o risco com o perigo para a integridade de coisas e pessoas, ele corresponde às consequências danosas que podem advir da atividade empresarial (cf. pág. 410).

apelo ao risco e benefício dele resultante não é bastante para justificar o regime legal, até porque “o comitente (...) não suporta definitivamente o peso da indemnização”, gozando, em princípio, de direito de regresso contra o comissário⁴⁵. Em causa estará, portanto, uma ideia de garantia⁴⁶ ou, e retomando a nossa taxonomia⁴⁷, uma ideia de responsabilidade pelo risco genérico, que surge paredes-meias com essa ideia de garantia⁴⁸.

O que se torna evidente, para lá de todas as dificuldades interpretativas, é que o artigo 500º CC exige uma dupla imputação⁴⁹. Nas palavras de Carneiro da Frada, “a sua responsabilidade [do comitente] só se verifica se e na medida em que sobre o comissário recaia também a obrigação de indemnizar. Tal significa que para a responsabilidade do comitente surgir torna-se necessária uma imputação primária do dano ao comissário, comprovada a qual é depois viável uma imputação secundária ou de segundo grau ao comitente”⁵⁰.

Entende-se que assim seja. Estamos, na verdade, no domínio extracontratual. Cada um é responsável pelas consequências da sua própria

45 Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 645

46 Segundo Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 646, “é mais justo que os efeitos da frequente insuficiência económica do património do comissário recaiam sobre o comitente, que o escolheu e o orientou na sua atuação, do que sobre o lesado, que apenas sofreu as consequências desta”. No mesmo sentido, cf. Menezes LEITÃO, *Das obrigações*, 366.

Em sentido diverso, considerando que não é possível falar aqui de uma ideia de garantia, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado*, 617 s., porque a obrigação do comitente é principal e não secundária, porque, quando o comitente paga, há direito de regresso e não sub-rogação. No fundo, a ideia de garantia teria aqui sentido político-legislativo e não técnico. Para o autor, o que está em causa é uma forma de ilicitude imperfeita.

47 Mafalda Miranda BARBOSA, *Estudos a propósito da responsabilidade objetiva*, Princípiã, 2014, 129 s.

48 Para a consideração de outros autores que evidenciam as dificuldades de entender a responsabilidade do comitente como uma pura responsabilidade pelo risco, cf. Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 514; Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 291-292.

49 Cf. M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, *Direito e Justiça*, vol. XII, tomo I, 1998, 301.

50 M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 301.

atuação e, quando imputável, pelas consequências da atuação de um terceiro que possa ser visto, com recurso a critérios específicos, como uma *longa manus* do sujeito (que assim se poderia qualificar como autor mediato ou instigador). Se alguém é chamado a responder independentemente de culpa pelo dano causado por um terceiro, o mínimo que se pode exigir é que esse terceiro – o comissário – seja, em primeira linha, responsável, atuando o comitente como um garante da solvabilidade e/ou respondendo pelo risco genérico de introduzir alguém na sua esfera de atuação, através da relação de comissão estabelecida.

O desenho estrutural do artigo 800º CC é, então, absolutamente dispar. Desaparece, a este nível, a dupla imputação para se fazer responder o devedor pelos atos dos auxiliares que utilize no cumprimento da obrigação como se fossem os seus próprios atos. Como sublinha Carneiro da Frada, “a técnica da lei é distinta. O que ela faz é projetar logo a conduta do auxiliar na pessoa do devedor para verificar se desse modo o devedor incorreria ou não em responsabilidade”⁵¹. Trata-se do que o autor cunha por *teoria da ficção*, na medida em que “se ficciona o comportamento causador do dano na pessoa do devedor”⁵², consubstanciando, de acordo com a lição de outros civilistas, uma verdadeira responsabilidade objetiva por ato alheio⁵³.

51 M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 301.

52 M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 302; Id. *Contrato*, 210. Em sentido próximo, cf., ainda, Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade dos administradores*, 487

53 Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª edição (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2001, 103. De acordo com Carneiro da Frada, não estaria em causa uma verdadeira responsabilidade objetiva. Segundo se pode ler no estudo citado do autor, “outro poderia ter sido o caminho do legislador. Em vez da descrita ficção, uma similar amplitude de responsabilidade teria sido obtida se se tivesse abertamente consignado uma responsabilidade objetiva pela utilização de terceiros no cumprimento do programa obrigacional. Se bem se reparar, sem ter então que «representar» uma responsabilidade por facto ilícito-culposo do devedor” – M. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 303. Cf., também, M. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 209 s. Aderindo à chamada teoria da ficção, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 249 s.

Duas são as situações com que podemos ser confrontados: a) o devedor atua com culpa *in elegendo*, *in instruendo* ou *in vigilando*, devendo ser responsabilizado com base em culpa, para o que não seria necessário mobilizar o artigo 800º CC⁵⁴⁻⁵⁵; b) o devedor não atua negligentemente, mas ocorre um dano por virtude da atuação do terceiro auxiliar, e ele continua a ser responsabilizado, *ex via* artigo 800º CC⁵⁶. O que divide a doutrina, a este ensejo, é saber se esta é uma responsabilidade objetiva por ato de terceiro ou uma direta responsabilidade do devedor.

54 De facto, nestas situações, o devedor não conseguiria ilidir a presunção de culpa contida no artigo 799º CC, respondendo nos termos gerais da responsabilidade contratual. É que, como referimos anteriormente, os deveres que vinculam o devedor não são só os deveres de prestação principal, mas todos aqueles que estão ao serviço da integral satisfação do interesse do credor e todos aqueles que estão ao serviço da incolumidade do património e da pessoa do credor. A culpa na escolha, na instrução e na vigilância do terceiro que é usado para o cumprimento da obrigação configura, portanto, um incumprimento culposo ou um cumprimento defeituoso culposo da prestação. Isto é, sendo imputável ao devedor, desencadear-se-ia a correspondente responsabilidade.

A este propósito convém vincar uma divergência na doutrina nacional. Enquanto alguns autores olham para o artigo 800º no sentido de o preceito consagrar uma pura responsabilidade objetiva; outros entendem que as situações em que há culpa *in vigilando*, *in instruendo* ou *in elegendo* da parte do devedor também são assimiladas pela sua intencionalidade prático-normativa.

Daqui resulta, em termos de construção dos pressupostos de relevância do preceito, uma consequência importante. Assim, enquanto a maioria dos autores sustenta que a falta de culpa do auxiliar afasta a responsabilidade do devedor (cf. Vaz SERRA, "Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos", *Boletim do Ministério da Justiça*, nº72, 1958, 280 s.; Pessoa JORGE, *Ensaio*, 143 s.). Em sentido contrário parece depor Carneiro da Frada, M. Carneiro da FRADA, "A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana", 303.

Para um aprofundado debate sobre a questão, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 247 s.

55 Para a consideração de ordenamentos jurídicos onde se chega à solução da responsabilidade contratual por facto de outrem sem que haja um preceito análogo ao artigo 800º CC, cf. René RODIÈRE, "Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui?", *Recueil Dalloz*, Chr., 1952, 18 s.

56 Veja-se, num sentido próximo, Ernst von CAEMMERER, "Verschulden von Erfüllungsgelhilfen", *Festschrift für Fritz Hauß*, Karlsruhe, 1978, 38 s. Para o autor, o devedor poderá ser responsável por culpa *in elegendo*, naquelas situações em que escolhe incorretamente o seu auxiliar (v.g., escolhe uma pessoa que não tem as competências devidas ou é imputável); caso o seu comportamento não seja culposo, então poderá continuar a ser responsabilizado, por via do §278 BGB, desde que o terceiro auxiliar atue com culpa. A falta de culpa do auxiliar determina a exoneração da responsabilidade do devedor, já que a missão do §278 não é ampliar a responsabilidade do devedor, mas torna-lo responsável como se tivesse sido ele próprio a atuar.

Se a estrutura imputacional parece apontar no sentido da segunda alternativa, importa ponderá-la em função da intencionalidade normativa do preceito⁵⁷.

Em face de uma obrigação, em regra, o devedor não tem o poder de recusar uma prestação efetuada por um terceiro⁵⁸. Por outro lado, aquele que está por ela vinculado até ao momento do cumprimento integral da prestação é sempre o devedor. O risco do não cumprimento da obrigação corre, por isso, por conta dele⁵⁹. De acordo com o ensinamento de Vaz Serra, “o devedor responde por todos aqueles que deixou penetrar no seu domínio de atividade ou que admitiu a colaborar consigo de maneira mais ou menos permanente ou mais ou menos completa na execução das suas obrigações”⁶⁰. Entende-se que assim seja. Na verdade, se o devedor

57 Para além da chamada teoria da ficção, Carneiro da Frada indica outros tópicos para a fundamentação da responsabilidade do devedor pelos atos dos auxiliares: “se a utilização de auxiliares pelo devedor aumenta o seu raio de ação, potenciando os seus lucros, é também de elementar justiça que sobre ele recaiam os riscos correspondentes à sua atividade. É o devedor, aliás, quem os pode controlar melhor e, em qualquer caso, absorve-os com maior facilidade. Por isso também, como corresponsivo desse risco da sua atividade, se compreende que ao credor esteja vedado interferir no programa de realização da prestação elaborado pelo devedor” – M. Carneiro da Frada, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, 303.

58 Cf. artigos 767º e 768º CC, para fundamentar a afirmação, bem como para evidenciar as situações em que o credor pode opor-se à realização da prestação por um terceiro.

59 Veja-se, porém, *supra* a questão de saber se se deve ou não exigir a culpa do devedor, que se presumiria nos termos do artigo 799º CC. Sobre o ponto, cf. Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeine Teil*, München, 1979, 292 s. No ordenamento jurídico alemão, cf., ainda, Berthold Kupisch, “Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§278)”, *JuS*, 1983, 817 s.

V., ainda e novamente, Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade civil delitual*, 251 s., dando conta da posição de Oertmann, que preconizaria a ficção de existência de uma obrigação própria do auxiliar, pelo que a ilicitude e a culpa teriam de se referir a essa pessoa, donde o auxiliar teria de ser imputável e não poderia ocorrer, em relação a ele, qualquer causa de exclusão da culpa; e da ideia de ficção de que não teria sido o auxiliar a atuar, mas sim o devedor, pelo que a questão da culpa se apuraria determinando se uma atuação correspondente do próprio devedor seria ou não culposa. Assim, se o devedor, em caso de comportamento equivalente, fosse imputável e não se verificassem causas de exclusão da culpa, haveria responsabilidade.

60 A. Vaz Serra, “Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, 273 s. V., igualmente, Pessoa Jorge, *Ensaio*, 149, considerando que o artigo 800º vem impedir que o devedor invoque a inexecução da obrigação imputável ao auxiliar e determinar que ele continua sujeito à sua obrigação inicial e à correlativa responsabilidade.

não fosse chamado a responder independentemente de culpa própria, ele encontraria um expediente simples para excluir a sua responsabilidade. Bastaria, para tanto, que chamasse um terceiro para efetuar a prestação, o que, inclusivamente, poderia abrir a porta a abusos evidentes⁶¹.

No fundo, intervindo aqui uma ideia de confiança, o devedor responde independentemente de culpa sua pelos danos que ocorram. Simplesmente, não se verifica a dupla imputação a que somos conduzidos por via do artigo 500º CC. E não se verifica porque o contrato que alicerça a responsabilidade define, *a priori*, o obrigado e, portanto, o responsável em caso de incumprimento (em sentido amplo). O que o artigo 800º vem esclarecer é que a imputação dos danos ao devedor não se perde pelo simples facto de ele ter utilizado um terceiro, seu auxiliar⁶², no cumprimento da obrigação⁶³. Nessa medida, ainda que objetivada, a responsabilidade

61 Cf. A. Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas*, 284 s.

62 Os autores têm sublinhado que estes auxiliares podem ser, indiferentemente e para efeitos da mobilização do regime do artigo 800º CC, auxiliares dependentes ou independentes. Nesse sentido, cf. Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas*, 287 s.; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 487, n.61; Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 242 s.; Maria Victória ROCHA, "A imputação objectiva na responsabilidade contratual", *Revista de Direito e Economia*, ano XV, 82 s. A este propósito, v., igualmente, o problema enunciado por Maria Victória ROCHA, "A imputação objectiva na responsabilidade contratual", 92: até que ponto se integra a atividade de um terceiro na previsão do artigo 800º/1 CC? Em causa está, por exemplo, a determinação da eventual responsabilidade do devedor pela atividade dos correios ou dos caminhos-de-ferro, que utiliza para enviar a coisa objeto da prestação ao credor. De acordo com o ensinamento da doutrina alemão, referida por Maria Victória Rocha, haveria exclusão da responsabilidade quando a atuação da empresa fosse monopolista. Mais esclarece que o §287 BGB não é fonte de imputação de novos deveres. cremos que o carácter monopolista ou não da atuação do terceiro não é significativo para a resolução da questão concretamente considerada. Na verdade, a solução para o problema há-de passar aos nossos olhos pela determinação do âmbito da obrigação a que se vinculou o devedor. Só a análise desse âmbito será de molde, em harmonia com a ideia de que o §287 BGB não é fonte de novos deveres (e, portanto, com a ideia de que o artigo 800º CC não é, também, fonte de novos deveres), a esclarecer o decidente no caso concreto.

63 A este propósito, cf. Hugo NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio (appunti delle lesioni)*, tomo II, 2ª ed., Milano, 1967, 96-99, *apud* Maria Victória ROCHA, "A imputação objectiva na responsabilidade contratual", 80 s. O autor considera que não se deve falar, em rigor, de uma responsabilidade objetiva, por se exigir a culpa do auxiliar. Apenas sucede que o facto do terceiro é imputável ao devedor como *causa causae*, o que afeta não a culpa, mas o nexa causal. Refira-se, porém, que o nosso entendimento olha para o problema do ponto de vista da imputação e não do ponto de vista da causalidade.

há-de configurar-se como uma responsabilidade direta do devedor⁶⁴⁻⁶⁵. Em rigor, aliás, a ideia de controlo da atuação do auxiliar pelo devedor como justificativa da disciplina normativa contida no artigo 800º CC, aproximando a solução da plasmada no artigo 500º CC, perde-se por completo se tivermos em conta os representantes legais, por cujos atos também responde o património do devedor⁶⁶. Aproximamo-nos, assim, dos autores

64 Para um elenco das possíveis justificações que vão sendo avançadas para a solução contida no artigo 800º CC, cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 81: necessidades práticas económico-sociais que se manifestam na necessidade de responderem pelos riscos da atividade aqueles que dela tiram proveitos; garantia contra a eventual insolvência dos auxiliares; extraneidade do credor relativamente à escolha dos auxiliares; presunção de culpa *in viligando* ou *in elegendo*; poder de prevenção do perigo; exigência de uma garantia tacitamente prestada pelo devedor ao credor.

Para um elenco de outros possíveis fundamentos, cf. Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 208 s.: ideia de confiança; ideia de responsabilidade pelo próprio círculo de vida; benefício que o devedor terá ao alargar as suas possibilidades de ação (e, assim, de lucro); necessidade funcional do tráfico negocial. O autor mostra-se crítico de todas estas justificações.

V., igualmente, Ernst von CAEMMERER, “Verschulden von Erfüllungsgehilfen”, 39 s.; Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 297 s.

65 Cf., num sentido próximo, Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 211. O autor considera que a lei estabelece inúmeras limitações ao devedor que pretenda exonerar-se dos seus deveres ou fazer perigar os fins de alguns deles através da intervenção de terceiros e considera que nesse grupo de normas se integra o artigo 800º CC. No fundo, o fundamento do artigo 800º passa nela tutela do credor, que não se vê assim privado de garantias por ato livre do titular do dever. Para o autor, não será, portanto, necessário recorrer a outra ordem de razões. O artigo “colhe a sua plena fundamentação na existência de um qualquer dever e na necessidade sentida pelo ordenamento de assegurar a obtenção das finalidades prosseguidas pela atribuição desse dever perante a introdução de um terceiro no âmbito do seu cumprimento”. Como veremos o autor extrai, a partir deste fundamento, conclusões que não subscrevemos. Por outro lado, em vez de se cingir aos deveres de tipo obrigacional, aloja no âmbito de relevância do preceito qualquer dever. Estes os dois pontos de dissenso em relação a Pedro Múrias, que a seu tempo densificaremos.

66 Repare-se que Maria Victória Rocha explicita que, no tocante à responsabilidade do devedor pelos atos dos representantes legais, se os efeitos da atuação destes se projetam na esfera do incapaz, é justo que seja o património dele a suportar as consequências dessa atuação. V. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 79, n. 131.

Sobre a questão dos representantes legais, cf. Kurt BALLERSTEDT, “Zur Haftung für Culpaa in contrahendo bei Geschäftsab-schluß durch Stellvertreter”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 151, 1950/1, 501 s.

que sublinham que a intencionalidade do preceito não é alargar o âmbito da responsabilidade do devedor, fazendo-o assumir o risco de utilização de auxiliares. Na verdade, do que se trata é de fazer o devedor responder como se fosse ele próprio a atuar⁶⁷.

IV. Os pressupostos da responsabilização do devedor pelo ato dos auxiliares, nos termos do artigo 800º CC. Ordem de sequência.

A intencionalidade normativa que foi encontrada para o artigo 800º CC – responsabilização direta do devedor, por ser ele o obrigado perante o credor, tratando-se o ato do auxiliar como um ato dele próprio – tem consequências ao nível da definição dos pressupostos de mobilização do regime.

Os autores costumam, a este propósito, apontar quatro requisitos para a procedência de uma pretensão indemnizatória fundada no artigo 800º CC: a existência de uma obrigação; a relação entre o devedor e o terceiro utilizado no cumprimento; a atuação do terceiro no cumprimento⁶⁸; e a atuação do auxiliar⁶⁹.

Ora, qualquer um destes pressupostos tem de ser densificado à luz do recorte intencional anteriormente desenhado. Por isso, embora a lei não indique expressamente que a atuação do auxiliar tem de ocorrer no cumpri-

67 Cf. Ernst von CAEMMERER, “Verschulden von Erfüllungsgehilfen”, 39. V., igualmente, Vaz SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, 269 s.

68 Segundo a maioria da doutrina, não se aplica, então, o artigo 800º nos casos em que não está em causa o auxílio ao cumprimento, ou seja, nos casos em que os danos foram causados por terceiros a quem o devedor facultou o uso ou gozo da coisa pertencente ao credor. Neste caso, aplicar-se-ia o artigo 1044º CC. Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, II, 103, n.2; M. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 217. Em sentido contrário, Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 206, considerando que o artigo 1044º é uma concretização do artigo 800º CC.

Note-se que, nestas situações, estar-se-á, de facto, diante de uma hipótese de responsabilidade contratual. Basta pensar que entre os deveres de proteção resultantes do contrato, por via da boa fé, se inscreva o dever de salvaguarda da propriedade alheia. A aplicação ou não do artigo 1044º para além das hipóteses de locação ficará dependente de se poder ou não reconduzir a lesão verificada ao núcleo de relevância obrigacional.

69 Cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 83 s.; Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 241 s.

mento da obrigação, a doutrina tem reforçado tal entendimento, afirmando que o devedor apenas é responsável pelos atos praticados no cumprimento das obrigações e não pelos atos praticados por ocasião do cumprimento ou com relação indireta com o mesmo⁷⁰. Estamos em crer, no entanto, que não podemos estabelecer, aqui, o paralelo com os problemas patenteados pelo artigo 500º CC. Na verdade, se diante da necessidade de densificar o conceito de *exercício das funções*, o jurista se confronta com dificuldades imputacionais evidentes, ao nível do artigo 800º CC somos desonerados da tarefa na medida em que a responsabilidade é balizada, *a priori*, pelos deveres que entretecem a relação obrigacional. Por isso, o nódulo problemático agigantar-se-á não diante da violação dos deveres de prestação, mas diante da violação dos deveres acessórios e dos deveres de conduta⁷¹⁻⁷².

70 Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 241 s.; Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 94; M. Carneiro da FRADA, *Contrato*, 251;

71 De notar, porém, que a dificuldade ultrapassa o âmbito de relevância do artigo 800º CC. Na verdade, este problema surge paredes-meias com aquele outro que passa por saber se, mesmo quando a atuação é própria do devedor, a violação de deveres de conduta origina responsabilidade contratual ou não.

Sobre o ponto, cf. Carneiro da FRADA, *Contrato*, onde o autor defende a existência de uma terceira via de responsabilidade civil. Veja-se, também, Mafalda Miranda BARBOSA, “O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico – algumas reflexões” e *Liberdade versus responsabilidade*.

A este propósito, v., igualmente, Carneiro da FRADA, *Contrato*, 154 s. e 169 s., considerando que o dano produzido por ocasião do cumprimento é um risco não típico e sensivelmente agravado pela entrada numa relação contratual. No fundo, embora o autor não reconduza todos os deveres de conduta à relação contratual, importa sublinhar que é ainda a economia negocial traçada pelas partes que permite solucionar o problema que temos em mãos.

72 Sobre o ponto, cf. Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, 93, considerando que a expressão *no cumprimento* deve ser entendida como abrangendo a relação obrigacional no sentido de relação obrigacional complexa. No tocante aos deveres acessórios de conduta, a autora esclarece que a jurisprudência alemã parte do critério da existência ou não de uma conexão íntima entre a atividade danosa e a tarefa de que o auxiliar foi encarregado pelo devedor, tornando-se, por isso, necessário que haja uma interferência do terceiro nos bens do credor em virtude da especial relação de confiança entre credor e devedor. A autora acaba por fazer apelo a uma ideia de causalidade adequada a este nível.

Duas notas se impõem a este ensejo.

Em primeiro lugar, chamamos a atenção para a im procedência do critério da causalidade adequada, em geral, e em particular. Em segundo lugar, importa esclarecer que o sentido imputacional que se procura delinear há-de ser encontrado por referência à obrigação que o devedor assumiu. No fundo, o exercício que se terá de levar a cabo passa por questionar se, atuando daquela forma, o devedor seria ou não responsabilizado, por via da responsabilidade contratual.

Também o pressuposto da culpa deve ser compreendido a esta luz. Se a responsabilidade do terceiro auxiliar é tida como responsabilidade do próprio devedor, então deve entender-se que, uma vez excluída a culpa do primeiro, se exclui concomitantemente a responsabilidade do segundo⁷³⁻⁷⁴.

Sobre o ponto, cf., ainda, Pedro MÚRIAS, "A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil", 204 s. O autor considera que devemos questionar, no tocante aos casos em que existe a violação de deveres de proteção, por ocasião do cumprimento, "se tivesse o ato sido praticado pelo devedor, ele responderia obrigacionalmente? Se sim, responde também agora pelo seu auxiliar. E não se diga que assim dispara o risco de responsabilidade para o devedor (...). O critério, seguido pela doutrina maioritária, dos *interesses ligados à relação contratual*, para determinar o quadro dos atos do auxiliar por que o devedor responderia, iria excluir a responsabilidade do relojoeiro cujo aprendiz partisse um relógio, atirando-o, em fúria, à cabeça do seu mestre, quando é patente que sem a relação contratual nunca o aprendiz teria a possibilidade de tocar no relógio, quanto mais de parti-lo". Concordamos com a solução patenteadada pelo autor. Divergimos, contudo, nas conclusões a que chega. Na verdade, Pedro Múrias, considerando não estar aqui a violação de um dever contratualmente assumido, entende que estamos diante de uma responsabilidade que se funda num dever genérico de respeito pelos direitos absolutos, razão bastante para o autor não conseguir, em termos normativo-intencionais, distanciar o artigo 800º, que aqui chama à colação, do artigo 500º CC. Dá, portanto, um passo em frente no sentido da defesa de uma posição monista em matéria de modalidades ressarcitórias. Pelo contrário, consideramos que o relojoeiro do exemplo de escola, ao assumir a obrigação principal de reparação do relógio, assume também o dever de guarda da coisa, pelo que responderá ao nível obrigacional pelo dano que ocorreu.

73 Neste sentido, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, II, 103 s. Ressalvam-se, contudo, as hipóteses em que o devedor agiu com culpa, na escolha do auxiliar.

Para outros entendimentos acerca do problema, *vide*, novamente, Carneiro da FRADA, "A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana", 303; Maria Victória ROCHA, "A imputação objectiva na responsabilidade contratual", 97 s.; Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 246 s. (questionando, designadamente, como poderemos aferir a culpa do auxiliar se ele não está vinculado por nenhuma obrigação).

74 Outros problemas são também abordados pela doutrina a este nível. Assim, por exemplo, tem-se colocado a questão de saber se podem ser equiparados aos auxiliares as máquinas, quando o erro em que incorrem não se traduza num erro de programação. Sobre o ponto, cf. Maria Victória ROCHA, "A imputação objectiva na responsabilidade contratual", 82 s.

Também se indaga em que medida a escolha do terceiro feita pelo credor pode ter consequências ao nível da exclusão da responsabilidade do devedor. Sobre o ponto, cf. Maria Victória ROCHA, "A imputação objectiva na responsabilidade contratual", 88 s. Sublinha a autora que, se o terceiro surge como um colaborador do credor, exclui-se a responsabilidade do devedor. O mesmo não sucederá se o terceiro for escolhido entre os colaboradores do devedor. *Vide*, igualmente, Vaz SERRA, "Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos", 267 s.

Quer isto dizer – com o carácter necessariamente sincopado que estas considerações denotam – que será o âmbito da obrigação previamente assumida pelo devedor que demarcará o âmbito da responsabilidade do devedor por via do artigo 800º CC, pelo que se pode afirmar que imprescindível a este nível é que haja uma obrigação em sentido técnico, sem a qual, aliás, não existiria sequer um devedor.

Eis-nos, portanto, chegados ao cerne do problema que motivou estas páginas. Voltemos ao exemplo apresentado na abertura do nosso trabalho: *A* tem em seu poder uma coisa móvel, tendo o dever de a vigiar, de modo a não causar danos a terceiros. Nos termos do artigo 493º/1 CC, presume-se a culpa de *A*, em caso de verificação do referido dano, tendo de provar que “nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua”. Imagine-se, então, que *A*, pela especial complexidade técnica da coisa móvel em questão, celebrou um contrato com *B*, especialista naquele tipo de equipamentos, para que este exercesse o dever de vigilância sobre a coisa, no qual se integra a monitorização, reparação, controle, etc. Ocorrendo um dano, poder-se-á *A* eximir da responsabilidade, ilidindo a presunção de culpa contida no artigo 493º/1 CC, ao invocar que o dever de vigilância onerava, afinal, *B*?

V. O problema da aplicabilidade do artigo 800º à violação de deveres de segurança no tráfego

O problema não é novo. Pelo contrário, foi colocado, de uma forma até mais ampla, por outros autores antes de nós⁷⁵. Heck, a propósito do § 287 BGB, sustentou que este se aplica não só quando em causa estejam deveres de natureza contratual, mas também deveres delituais já nascidos⁷⁶. Entre nós, Pedro Múrias, na tentativa de evidenciar a linha de continuidade entre o artigo 500º CC e o artigo 800º CC (e, portanto, de encontrar um argumento no sentido da defesa do monismo no tocante às modalidades de responsabilidade

75 Desconsiderando o problema, cf. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé em direito civil*, Almedina, Coimbra, 2013 (5ª reimpressão), 637 s.

76 Cf. VAZ SERRA, “Responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos”, 154 e 265.

civil), colocou à reflexão exemplos eivados por uma intencionalidade problemática análoga⁷⁷.

Numa primeira situação, os proprietários de certos edifícios têm o dever (imposto por lei ou por uma autoridade administrativa) de limpar todas as manhãs a neve gelada e escorregadia que se forma defronte deles, de modo a evitar possíveis acidentes. *A*, dono de um desses prédios, acorda com *B*, que este tratará de limpar a referida neve, da maneira que achar mais conveniente. Simplesmente *B* não cumpriu devidamente a sua função, o que fez com que *C*, um terceiro, escorregasse e sofresse um dano. Poderá este lesado demandar *A*? Não podendo *B* ser considerado comitente, não faria sentido invocar o regime do artigo 500º CC. De todo o modo, ainda que este fosse aplicável (por haver, de facto, uma comissão), a sua disciplina mostrar-se-ia imprestável, dado que *B*, não sendo proprietário, não seria responsável pelo dano sofrido pelo lesado⁷⁸. Faltaria a imputação a uma esfera de responsabilidade que é erigida em torno da qualidade de proprietário. Para Pedro Múrias, a solução teria de ser procurada no quadro da responsabilidade obrigacional por atos de auxiliares, ou seja, no artigo 800º CC⁷⁹.

Num outro caso⁸⁰, *N* é dono de uma obra perigosa que para os transeuntes, cuja segurança exige particulares cuidados. A dada altura, con-

77 Veremos, depois, se os casos podem ser efetivamente tratados de forma análoga ou não.

78 Não concordamos, por isso, com a solução crítica da posição de Pedro Múrias apresentada por Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 234 s. Para a autora, se é certo que o §831 BGB não permitiria responsabilizar o proprietário do prédio porque este poderia ilidir a presunção de culpa, demonstrando que a escolha do sujeito tinha sido adequada, havendo que enquadrar o caso no âmbito do §278 BGB que a responsabilidade objetiva pelos auxiliares de cumprimento, no caso português, a responsabilidade do artigo 500º CC, sendo objetiva, pode ser mobilizada, não se excluindo a comissão pelo facto de o terceiro ter autonomia na forma como executa o dever que lhe foi confiado. No fundo, para a civilista, o problema resolver-se-ia com recurso exclusivo ao artigo 500º CC.

No sentido de considerar que a aplicação do artigo 500º não conduziria ao mesmo resultado que o artigo 800º, cf. Pedro MÚRIAS, "A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil", 198.

79 Pedro MÚRIAS, "A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil", 194 s.

80 Pedro MÚRIAS, "A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil", 198 s.

fia a segurança a *Q*, sociedade especializada na matéria. *N* elabora um relatório em que descreve as particularidades da obra relevantes em termos de segurança para terceiros, e um empregado seu entrega-o a *Q*. Simplesmente, uma página perdeu-se, vindo a deficiente informação que *Q* possui a dar origem a um acidente, do qual resulta lesado *R*, que não tem qualquer relação negocial com *N* ou com *Q*. Entende Pedro Múrias, que *N* deve ser considerado responsável, nos termos do artigo 800º CC, conjugado com o artigo 492º CC⁸¹.

Num terceiro exemplo, *R* pretende pregar uma partida a uma amiga, *S*, fingindo apagar do computador desta um texto que há muito tempo ela prepara. Para tanto, subtrai a chave do seu apartamento e pede a *T*, técnico de computadores e pessoa da sua maior confiança, que o faça por si. *T* acaba por furtar um objeto que se encontrava em casa de *S*⁸². Nesta hipótese, segundo Pedro Múrias é “o artigo 800º que diretamente funda a sua responsabilidade pelo sucedido, *maxime* se tivermos em conta que ele tivera todos os cuidados imagináveis com vista a certificar-se da honestidade de Tiago”.

No fundo, para o autor, os dois artigos (500º e 800º CC) são mobilizáveis quer no campo obrigacional, quer no campo extraobrigacional.

Não cremos, porém, que esta seja uma posição sufragável. Atentemos no último exemplo oferecido por Pedro Múrias. Não há entre o âmbito de relevância concreta da hipótese considerada e o âmbito de relevância hipotético do artigo 800º CC uma relação direta de mera concretização. Pelo contrário, falta a relação prévia, de tipo obrigacional, entre o lesado (*S*) e *R*. Por outro lado, afigura-se difícil operar uma assimilação por adaptação ou, atendendo à finalidade do preceito, uma interpretação corretiva de tipo teleológico. Na verdade, considerámos que o fundamento

81 Novamente numa perspectiva crítica, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 236 s. Entende a autora que este é um caso artificial, em que se lida com dois (e não apenas um) auxiliares: o empregado de *N*, que perde a folha, e *Q*. Distinguindo os deveres de tráfico delituais e os deveres de prestar ou outros deveres específicos entre sujeitos determinados, a autora sustenta que não se pode aplicar a um caso como este o artigo 800º CC, o que não quer dizer que não se deva considerar responsável *N*. Simplesmente, tal responsabilidade resulta diretamente do regime da responsabilidade delitual.

82 Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 207.

último do artigo 800º CC era evitar que a obrigação assumida se desconfigurasse ou, de um outro prisma, garantir que o devedor continuava por ela vinculado, ainda que fizesse intervir um terceiro no cumprimento da mesma. Simplesmente, não há nada no caso concreto que reclame a incolumidade de um vínculo obrigacional, de si inexistente. É claro que poderá haver (e cremos que as há) boas razões para responsabilizar *R*. No entanto, essa responsabilidade há-de fundar-se diretamente no regime da responsabilidade extracontratual, *ex via* artigo 483º CC, e não através de uma forçada mobilização do artigo 800º CC. De facto, *R* poderá ser chamado a responder pelo dano na medida em que, ao subtrair a chave de casa de *S*, assume uma esfera de risco, a partir da violação de determinados deveres no tráfego. Estes, ao serem preteridos, permitem não só desvelar a culpa do sujeito como dar origem a uma esfera de responsabilidade, a partir da qual, tendo em conta o cotejo com outras esferas de risco, se densificará aquela responsabilidade. Ora, apesar de existir um comportamento livre de um terceiro, os deveres de respeito que o primeiro lesante tinha em relação ao lesado (e que o impediam de subtrair e disponibilizar a outrem a chave de casa do último) integram no seu âmbito um dano do tipo daquele que se verificou. Estabelece-se, portanto, a imputação⁸³. Donde todo o problema se resolve sem necessidade de recurso ao artigo 800º CC, que estruturalmente e teleologicamente não pode ser mobilizado. Em rigor, aliás, a solução da solidariedade obrigacional entre os dois responsáveis a que poderíamos chegar parece afastar dúvidas relativamente à impertinência da convocação do preceito. Com isto é a posição de radical monismo no tocante à responsabilidade por atos de auxiliares defendida pelo autor que cai por terra. É que, pelo menos quanto ao exemplo aduzido para argumentar da bondade da chamada à colação do artigo 800º CC quando não exista uma *Sonderverbindung*, ela não se mostra normativamente fundada, nem materialmente imprescindível.

O primeiro exemplo apresentado por Pedro Múrias concita outro tipo de considerações. Na verdade, aqui, existe, de facto, uma estrutura que faz apelo a um procedimento auxiliar a cargo de um terceiro, intro-

83 Para mais desenvolvimentos acerca desta imputação objetiva, fundamentadora da responsabilidade, v. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de imputação ao nexa de causalidade. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípiã, 2013, cap. VIII.

duzido na situação para esse fim. Quer isto dizer que, estruturalmente, podemos discernir uma analogia com o âmbito de relevância do artigo 800º CC. Será, contudo, isso suficiente para se mobilizar o preceito? A analogia estrutural far-se-á acompanhar de uma analogia judicativa? O especial dever que é imposto ao proprietário de um imóvel – remoção da neve – deve ser entendido à luz de uma liberdade (que, aliás, o direito de propriedade consubstanciava primordialmente) positiva, portanto, correlativa a um certo entendimento da responsabilidade. Tal dever especial, uma vez preterido, pode fazer desvelar a culpa e alicerçar a imputação objetiva, que é necessário traçar para ligar o resultado ilícito (a violação do direito subjetivo absoluto) ao comportamento (omissão) do agente. Ora, existindo uma norma que o positiva, o que, em termos dogmáticos, desde que a mesma possa ser qualificada como uma disposição legal de proteção de interesses alheios, pode fazer presumir a culpa e a dita imputação objetiva (tradicionalmente entendida como causalidade), questiona-se se a simples contratação de um terceiro para retirar a neve da entrada do imóvel é suficiente para dar por cumprido o dever, ilidindo a presunção a que nos referimos. No fundo, a resolução do problema passará por determinar qual o âmbito do dever que é imposto aos proprietários. A jurisprudência e doutrina alemãs, aliás, consideraram, neste quadro problemático, que apenas se transmitiria para o terceiro o dever de tomar as medidas de cuidado, mantendo-se o dever de vigiar a fonte de perigo na esfera do principal lesante⁸⁴. Entre nós, Maria da Graça Trigo sustenta que o *dever de prevenção do perigo* se afigura constituir um caso típico de *non delegable duty*. Assim sendo, o proprietário seria diretamente responsável, não sendo necessário recorrer a um expediente como o do artigo 800º CC. No fundo, a solução que este dispensaria ao caso já seria viabilizada pelo mero funcionamento da regra geral em matéria delitual.

84 Dando conta disso, cf. Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 195. V, ainda, para maiores desenvolvimentos sobre o ponto, Lothar VOLLMER, “Haftungsbefreiende Übertragung von Verkehrssicherungspflichten”, *Juristenzeitung*, ano 32, nº11/12, 1977, 371 s., também citado por Múrias. O autor distingue os deveres de prestação dos deveres de comportamento. Os primeiros induzem uma confiança mais forte na contraparte. Contudo, casos há que os deveres de segurança poderiam ter um conteúdo mais densificado que os próprios deveres de prestação, justificando, assim, a aplicação do §278 BGB.

O busílis da questão está, portanto, em saber se sempre que esteja em causa um dever de segurança no tráfego ele é inalienável ou não delegável.

Importa, então, olhar para o artigo 492º CC. Diz-nos o nº1 que “o proprietário ou possuidor do edifício ou outra obra que ruir, no todo ou em parte, por vício de construção ou defeito de conservação, responde pelos danos causados, salvo se provar que não houve culpa da sua parte ou que, mesmo com a diligência devida, não se teriam evitado os danos”. E o nº2 estabelece que “a pessoa obrigada, por lei ou negócio jurídico, a conservar o edifício ou obra responde, em lugar do proprietário ou possuidor, quando os danos forem devidos exclusivamente a defeito de conservação”.

A este propósito, Pedro Múrias esclarece que haverá uma verdadeira transmissão do dever sempre que haja alienação do direito de propriedade (passando a responder o novo proprietário), sempre que haja constituição de um usufruto e, com maiores dúvidas, nos casos de arrendamento e comodato. Estas últimas hipóteses constituem, segundo o autor, desvios necessários ao princípio contido no artigo 800º CC, em nome da ligação entre domínio e dever de segurança⁸⁵. Não cremos, porém, que o artigo 800º contenha um princípio ordenador do mundo delitual. O que se extrai da interpretação do artigo 492º CC, no seu todo, é a confirmação da lição em matéria extracontratual: a responsabilidade recai sobre aquele que titula uma esfera de risco/responsabilidade que, neste caso e fruto de uma especial técnica normativa, está identificada previamente pelo legislador⁸⁶. Não faz, por isso, sentido o autor dizer

85 Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil” 199-200

86 O domínio da coisa é fundamental para se determinar a responsabilidade, por via do artigo 492º CC. Não cremos, na verdade, que se possam confundir duas situações díspares: num primeiro caso, A, proprietário de um imóvel, contrata com a empresa B a vigilância da conservação do edifício que, entretanto, vem a ruir, causando danos em C. A, contudo, continua a habitar o imóvel, tendo o domínio sobre ele e podendo detetar, inclusivamente, toda e qualquer alteração na estrutura do edifício indiciadora do colapso futuro. Neste caso, o dever de conservação não se transmitiu para B, apesar do contrato celebrado entre os dois, o que quer dizer que A continua a ser responsável. Imagine-se, porém, que A contrata com B a vigilância e conservação do imóvel, porque se vai ausentar por tempo indeterminado para o estrangeiro. B fica, assim, ciente dessa particularidade, responsável pela gestão do edifício, cujo domínio controla. Neste caso, parece-nos de excluir a responsabilidade de A, tanto mais que seria possível, caso fosse demandado, afastar a presunção contida no artigo 492º CC.

que “admitir que o proprietário que está no pleno gozo das utilidades do seu direito pode desonerar-se da responsabilidade relativa à segurança de terceiros perante essa coisa limitando-se a contratar alguém que trate do assunto é trair o princípio afluído no artigo 800º”⁸⁷. É que a lição do artigo 800º é inútil para a resolução do problema que o autor ilustra. Na verdade, ou se opera a transferência do dever de prevenção do perigo, considerando-se que o caso é assimilado no seu âmbito de relevância pelo nº 2 do preceito (e o proprietário não é responsável); ou não se opera tal transferência e a solução é ditada pelo nº 1 da mesma norma, donde será o proprietário (ou o possuidor) a responder. Em qualquer dos casos, é privado de sentido o recurso à responsabilidade por atos dos auxiliares⁸⁸.

Uma breve conclusão pode, assim, ser extraída no nosso percurso dialógico: os deveres de segurança no tráfego podem ser transmitidos. Simplesmente, esta sua transmissão só é concretizável quando se transfira (completamente) a esfera de risco/responsabilidade que os fez emergir em concreto. Donde, não será a simples contratação de um terceiro para cumprir o dever de prevenção do perigo que fará excluir a responsabilidade do principal lesante⁸⁹. Esta conclusão assume particular importância quando se haja de lidar com as presunções de culpa contidas nos artigos 491º e seguintes do Código Civil: não basta invocar a intervenção do terceiro para ilidir a presunção e excluir a responsabilidade.

Esta conclusão sairá reforçada se tivermos em conta que os preceitos em questão não se limitam a operar uma simples inversão do ónus da prova.

87 Pedro MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, 200.

88 Considerando que o problema se resolve por aplicação do artigo 492, v. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, 237.

89 A. Menezes CORDEIRO, *Da Boa Fé*, 834, elenca vários dos possíveis deveres no tráfego: deveres destinados a possibilitar ao ameaçado enfrentar o perigo, como sejam os deveres de aviso, de proibição de acesso ao local perigoso, e de instrução; deveres de atuação sobre o foco do perigo, tais como os deveres de controlo do perigo, deveres de escolha criteriosa de pessoas que lidem com o perigo, deveres de vigilância, deveres de organização, deveres de formação e de participação, deveres de cuidado e de assistência. Como se perceberá não é a simples contratação criteriosa de um terceiro para atuar sobre o foco de perigo que permitirá dar por cumpridos os deveres que vinculam o titular dessa mesma esfera.

Pensemos no artigo artigo 493º/2 CC. O artigo estabelece uma presunção de culpa, mas implica também uma presunção de ilicitude. Porquê? Porque, na interpretação do perigo, e atenta a natureza arriscada das sociedades hodiernas, há que se tratar de um especial perigo – um risco que ultrapasse o limiar da normalidade. Ora, em face de tais perigos qualificados, a pessoa tem de adotar todas as medidas de cuidado para salvaguarda do outro. Não o fazendo, está a atuar em contravenção com um princípio da precaução ou prevenção – civilisticamente compreendido –, permitindo desvelar o abuso de uma liberdade (a liberdade de atuação do sujeito é exercida em contradição com o fundamento normativo da própria normatividade). Portanto, o artigo 493º/2 CC consagra a *faute* e implica que a dita causalidade seja entendida no sentido da previsibilidade (os danos em atenção aos quais previsivelmente a pessoa deveria ter conformado a sua conduta no respeito ao seu semelhante são os danos indemnizáveis). Isto não obsta a que possa haver, desde logo, violação de um direito absoluto. É, por isso, possível convocar o preceito no sentido de presumir a culpa e, concomitantemente, presumir a imputação objetiva. Não se trata de uma dupla possibilidade interpretativa da norma, mas da faculdade reconhecida ao lesado de mobilizar simbioticamente mais do que um fundamento para alicerçar a sua pretensão indemnizatória. Se tal é permitido no quadro do concurso de modalidades de responsabilidade civil, deve também ser autorizado quando concorram modalidades de ilicitude delitual. Assim, e neste caso, a restrição da hipótese ressarcitória à verificação de uma lesão do direito absoluto autorizaria a que o preenchimento da responsabilidade fosse para além dos danos previsíveis⁹⁰.

Os preceitos em questão, apresentando uma estrutura delitual precisa, não se limitam a depor em matéria probatória atinente à

90 Sobre o ponto, cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, 1288 s.; Id., *Liberdade versus responsabilidade*, 377 s. Considerando que os artigos 491º e seguintes do Código Civil consagram o modelo da *faute*, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 469 s.

culpa, antes estabelecendo regras acerca do responsável⁹¹⁻⁹². Tais

91 Estas regras, apresentando uma estrutura imputacional própria, assente na simbiose entre a culpa e a ilicitude,

92 A problemática dos deveres do tráfego não se esgota na formulação do juízo culpabilístico. Mas importa, ainda, frisar que os deveres de segurança no tráfego não são sinónimo de deveres do tráfego, categoria mais ampla.

Além disso, se a culpa não se esgota na preterição dos deveres do tráfego, é bom não esquecer que eles podem ser chamados a depor no sentido da concretização do juízo de censura que sobre o agente se derrama. Sobre o ponto, cf. Karl LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 2, *Besonderer Teil*, 13 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1994, 402 e 407, considerando que os deveres em apreço se ligam a uma ideia de prevenção ou afastamento do perigo (*Gefahrvermeidungs- und abwendungspflichten*) e evidenciando que, ao nível das condutas ativas, servem para concretizar o cuidado exigível nos termos do § 276 BGB. Também Adelaide Menezes LEITÃO (*Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009, 684) mostra a relação íntima entre os deveres do tráfego e o cuidado exigível. Mas sublinham os autores citados que a violação das obrigações de segurança no tráfego não se confunde com a culpa – cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 369 e 426. Como índice da cisão encontramos o facto de a culpa, no quadro do § 823 I BGB, se ter de referir à violação dos bens jurídicos e não simplesmente à contravenção do dever. Sobre o ponto, v., entre nós, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 318 e LARENZ, *Lehrbuch*, 618. Veja-se, igualmente, sobre o ponto, Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 683, perguntando se a violação negligente de um dever do tráfego é um pleonasma, devido à identidade de conceitos ao nível da culpa e da ilicitude. *In fine*, veja-se, sobre o ponto, e sem embargo de ulteriores explicitações acerca da categoria dogmática dos deveres do tráfego, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 407 s., considerando que tais deveres podem surgir no quadro da responsabilidade por uma esfera, pela assunção de uma tarefa ou em virtude de uma ação antecedente, e que a medida de cuidado devido só pode ser determinada tendo em conta fatores como o esforço para evitar o dano, os custos económicos, a perda de tempo e o emprego da força de trabalho. Assim, quanto maior for o perigo e o dano e quanto menor for o esforço para o evitar, mais acutilantemente se manifesta o dever de afastar o perigo. Veja-se, ainda, pág. 413, onde os autores, considerando que quem abre um tráfego público fica obrigado a evitar lesões para terceiros, analisam uma situação prática. Assim, o morador de uma rua não está obrigado a espalhar sal defronte do seu terreno, ainda que o pudesse fazer com facilidade, porque não é ele que abre ou tolera o tráfego no passeio; mas já terá esse dever o proprietário de um estabelecimento comercial que, ao atrair cliente e aumentar o afluxo de peões, aumenta o risco ao mesmo tempo que dali retira uma vantagem.

Sobre a distinção entre os deveres de segurança no tráfego e os deveres no tráfego, cf. Christian von Bar, “Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pflichten”, *Juristische Schulung*, 28. Jahrgang, 1988, Heft 3, 169 s., considerando que a *Verkehrssicherungspflicht* é apenas uma parte do círculo de *Verkehrspflichten* existentes; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 399 s.; Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 571/572, n. 1520; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 311, n. 490; Menezes CORDEIRO, *Da Boa fé*, 832, n. 673; LAURENZ VOSS, *Die Verkehrspflichten. Eine dogmatische-historische Legitimierung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, explicitando a evolução da

regras, assentando numa estrutura imputacional própria, caracterizada pela simbiose entre a culpa e a ilicitude, não configuram, não obstante, um desvio em relação aos princípios delituais fundamentais. Ora, se até em hipóteses que se aproximam em termos imputacionais da responsabilidade contratual o artigo 800º se mostra imprestável, essa conclusão sairá reforçada quando a imputação se baseie no modelo iheringiano (assente na ilicitude e na culpa). Dito de outro modo, estando em causa a responsabilidade fundada na violação de um direito absoluto e na culpa, a imputação haverá de basear-se na edificação de uma esfera de risco/responsabilidade em concreto, pelo que aquele que a titula será o responsável, independentemente de nela ter ou não feito intervir algum terceiro⁹³. Simplesmente, a estas conclusões chegamos pelo funcionamento

Verkehrssicherungspflicht até à *Verkehrspflicht*. Os deveres de segurança no tráfego incluir-se-iam no conceito mais vasto de deveres no tráfego. Os primeiros apontariam no sentido de salvaguarda do outro diante da criação de uma fonte de perigo, isto é, traduzir-se-iam em deveres destinados à protecção do público em geral. A categoria mais ampla dos deveres no tráfego incluiria também deveres mais genéricos, como por exemplo os deveres dos produtores para com os consumidores, os deveres dos polícias com os manifestantes, entre outros.

93 Sobre o ponto, cf. Gert BRÜGGEMEIER, “Judizielle Schutzpolitik de lege lata – Zur Restrukturierung des BGB – Deliktsrechts”, *Juristenzeitung*, 1986, 971 s. Tendo em conta o incremento dos riscos inerentes à nova sociedade industrializada e as novas formas de racionalidade jurídica – comunicantes com a estrutura delitual –, o autor analisa o impacto dessas mutações no quadro de reestruturação do BGB. Assim, o § 823 I surge como *Tatbestand* de obrigações de comportamento para protecção de interesses jurídicos tutelados. E se não deixa de reconhecer a problematicidade inerente à questão da inserção sistemática dos deveres do tráfego no § 823 I, II ou num não escrito § 823 III, BRÜGGEMEIER afirma, sem hesitações, que as três cláusulas delituais do BGB podem ser vistas como *Steuerungsmechanismus* (§ 823 I – *Steuerung über den Markt* – a liberdade de comportamentos dos participantes do mercado e a integridade corporal e real são postas em diálogo; § 823 II – *Steuerung durch Politik*; § 826 – *Steuerung durch Moral*). No seu escrito, o autor intenta explicar que o domínio da ideia de autodeterminação e de mercado fez com que o modelo delitual típico do século XIX se ancorasse na violação dos direitos, mas ele acaba por se tornar insuficiente num mundo cada vez mais complexo. Diríamos, em sintonia com o que aqui se colhe, que não só isso justificou o aparecimento de outras previsões delituais como, na interpretação da cláusula responsabilizatória central, não podemos deixar de ser transcendidos pela remissão para os princípios informadores da pessoalidade, em oposição ao individualismo que, com assento histórico, esteve na base da cristalização de certos modelos delituais. Por isso, cremos que a chamada à colação dos diversos deveres do tráfego não pode senão ser vista como imprescindível em termos dogmáticos.

das regras imputacionais gerais e não por via de uma ficcional e desnecessária (porque forçada) mobilização do artigo 800º CC⁹⁴⁻⁹⁵.

94 Cf., a propósito da natureza dos deveres de segurança no tráfego, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 318. Em sentido diverso, v. A. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 835.

Cf., ainda, Christian Von Bar, “Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pfllichten”, *Juristische Schulung*, 28. Jahrgang, 1988, Heft 3, 169, que, considerando os diversos deveres do tráfego e buscando o fundamento para a sua emergência, fala de um âmbito de confiança (*Vertrauenserwartungen*), das obrigações profissionais (*Berufspflicht* – cf. pág. 171) e do encerramento do tráfego (*Verkehrsschließung*) como cumprimento de um dever. O autor esclarece que o conceito de dever na moderna responsabilidade por omissões não se baseia no princípio da ingerência, bastando que, na área de experiência profissional ou nas imediações do direito familiar, tenha havido uma fonte de perigo. Mas não menos certa é a ponderação do problema da violação do dever no tráfego (*Haftung für Verkehrspflichtwidrigkeit*) como responsabilidade pela intervenção ilícita indirecta (*Haftung für rechtswidrige mittelbare Eingriffe*). Há ainda que considerar prestimosos tais deveres ao nível da responsabilidade pela segurança da esfera de domínio, quando existe uma ação prévia arriscada ou quando se assume uma determinada tarefa. Cf. T. Raab, “Die Bedeutung der Verkehrspflichten und ihre systematische Stellung im Deliktsrecht”, *Juristische Schulung*, 2002, 1041 s.

Importa, ainda, notar que os deveres do tráfego surgem, amiúde, conotados com obrigações de natureza ativa, disso se distinguindo dos deveres de conteúdo negativo, que saem da alçada destas hipóteses delitualmente relevantes. O dever de não lesar direitos alheios não teria, portanto, segundo esta visão restritiva, a mesma natureza dos deveres do tráfego. Simplesmente, porque a linha de fronteira entre a ação e a omissão nem sempre é nítida e porque a raiz de emergência de uns e de outros pode ser encontrada no mesmíssimo dever de respeito para com o semelhante, pilar de sustentação da pessoalidade livre, e como tal integrante de uma noção de responsabilidade pensada como indissociável daquela, cremos não ser despropositado assumir-se uma visão ampla que abarque todas as situações. O que se pode dizer é que, de facto, o problema que temos em mãos não avultará, em regra, quando o delito ocorra por ação. Sobre o ponto, cf., igualmente, entre nós, M. Carneiro da FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 74; Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 591.

95 Cf., a este propósito, Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, 126 s. Lidando com a causalidade psicológica, e procurando solucionar os casos de intervenção pelo concreto dever de controlo do perigo do primeiro agente (*Dazwischentreten bei gegenständlichen Gefahrenkontrollpflichten des Erstverursacher*) – isto é, casos em que o primeiro agente detém o controlo sobre uma concreta fonte de perigo e viola um dever de conduta/ dever do tráfego, intervindo um segundo agente que, com a sua conduta, causa o dano, que repousa naquela fonte de perigo –, RISTOW afirma que o primeiro sujeito é responsável pela violação de uma *Verkehrssicherungspflicht*, apesar

de apenas contribuir indirectamente para a lesão que, na realidade, emerge por acção do lesado. Note-se que, tal como o autor explicita, não se trata, aqui, de uma situação de causalidade psicológica no sentido próprio do termo, levando-o, inclusivamente, a adiantar, em abono da nossa chamada à colação do pensamento, que “a delimitação da causalidade psicológica relativamente aos casos normalmente discutidos sob a óptica da violação de um dever do tráfego é difícil”, sendo certo que estes emergem nas lesões indirectas. V. p. 135, indicando como fundamento da imputação, nestes casos, a criação não controlada de uma situação perigosa e a violação de um dever do tráfego, já que “quem abre uma fonte de risco tem de tomar as medidas de precaução necessárias e razoáveis para que ele não se concretize numa lesão dos outros”, e sublinhando que “quando o segundo agente (*Zweitverursachen*) é menor são maiores as exigências no que toca às medidas de segurança que devem ser adoptadas”; e p. 136, apresentando os limites à imputação (o dano tem de consistir na realização do perigo contra o qual o dever do tráfego protegia e o segundo agente tem de estar incluído naquele âmbito de protecção pessoal). No mesmo sentido, cf., também, Christian Von BAR, *Verkehrspflichten Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, C. Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1980, 54 s.; Karl LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 410 s.

Till RISTOW, a págs. 146, fala dos casos de *Dazwischentreten bei Unterlassung einer hinreichenden Sicherheitsvorkehrung durch den Erstverursacher* (intervenção pela omissão de cumprimento de uma disposição de segurança pelo primeiro agente), ou seja, das situações em que o primeiro agente não cumpre uma disposição de segurança relativamente a uma fonte de perigo que emerge da sua esfera e o segundo agente adota, na sequência disto, uma conduta que lesa um terceiro, sendo certo que aquela disposição de protecção visava, precisamente, evitar aquele dano. Em vez do tratamento do problema à luz da interrupção do nexos causal, Ristow abraça uma perspectiva normativa que parte da constatação da violação do dever do tráfego. Cf. pág. 169 s. Mais uma vez, fundamento da imputação encontra-se, exactamente, na preterição do dever do tráfego, que visava proteger o terceiro contra a atuação do segundo agente. Nas suas palavras, tal ocorre quando “o primeiro agente está obrigado a um dever de segurança em face de uma fonte de perigo concreta e o perigo de lesão existe através da atuação do segundo agente”. Continuando a acompanhar a exposição do autor, Ristow esclarece que se exige uma dupla segurança (*doppelte Sicherung*): a) *Sicherung der Gegenstandsgefahr* (em relação a uma fonte de perigo própria); b) *Sicherung der*

Personengefahr (medida de segurança contra atuações não autorizadas), isto é, emerge um secundário dever do tráfego que está em conexão direta com o dever primitivo. Esta duplicidade avulta quando o primeiro agente cria uma concreta fonte de perigo por cuja segurança é responsável e existe o perigo também concreto de intervenção de um segundo agente que possa lesar um terceiro, ou quando existe o perigo abstrato de abuso da concreta fonte de perigo. Uma terceira situação (pág. 170) sugere que o primeiro agente é onerado com um dever de segurança por criar e assumir uma fonte de perigo de lesão de terceiros. É, por exemplo, o caso em que o sujeito organiza eventos em massa (e não ajuntamentos de massas). Próximas destas constelações estão aquelas em que o primeiro agente viola uma disposição de segurança com que estava onerado e o segundo agente aproveita a situação para lesar um bem jurídico, atuando na maioria das vezes de forma intencional – *Dazwischentreten bei Beeinträchtigung einer bestehenden Sicherungsvorkehrung durch den Erstverursacher* (págs. 172 s.); as situações em que há intervenção pela criação de uma fonte de perigo através do primeiro agente (*Dazwischentreten bei Schaffung einer Gefahrenlage durch den Erstverursacher* – pág. 205), ou seja, o primeiro agente cria uma fonte de perigo concreta que tem de controlar e o segundo agente gera, com a sua atuação, uma nova fonte; as situações em que o primeiro agente detém em relação ao segundo um estatuto de autoridade e fornece uma informação errada, por meio da qual o último provoca o dano, podendo-se concluir que o dano se produz na própria esfera do primeiro – *Dazwischentreten bei Autoritätsstellung des Erstverursachers* (págs. 211 s.); as situações em que o primeiro agente cria ou conserva uma fonte de perigo pela violação de um dever no tráfego, que representa para o bem jurídico, sem a intervenção do segundo agente, um perigo abstrato.

Em suma, para Till Ristow, o problema da *psychischen Kausalität* deve ser tratado no quadro da fundamentação da responsabilidade do § 823 I BGB em todos os casos de violação do dever do tráfego pelo agente. Assim, *vide* pág. 217. Sustenta o autor que, sendo o fundamento a violação de um dever do tráfego, ela deve ter conduzido causalmente à violação dos bens jurídicos postos diretamente em causa pelo segundo agente. Mas aduz que a prova da adequação se torna desnecessária, uma vez que, nesse contexto, um reexame da probabilidade é supérfluo, intervindo critérios limitativos de ordem normativa.